

Tilburg University

Hoofdelijke verbintenissen

van Boom, W.H.

Publication date:
1999

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

Citation for published version (APA):
van Boom, W. H. (1999). *Hoofdelijke verbintenissen*. [, Tilburg University]. W.E.J. Tjeenk Willink.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Hoofdelijke verbintenissen

PROEFSCHRIFT

TER VERKRIJGING VAN DE GRAAD VAN DOCTOR
AAN DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT BRABANT, OP GEZAG
VAN DE RECTOR MAGNIFICUS, PROF. DR. L.F.W. DE KLERK,
IN HET OPENBAAR TE VERDEDIGEN TEN OVERSTAAN VAN EEN
DOOR HET COLLEGE VOOR PROMOTIES AANGEWEEZEN COMMISSIE,
IN DE AULA VAN DE UNIVERSITEIT OP
VRIJDAG 4 JUNI 1999 OM 14.15 UUR

DOOR

WILLEM HENDRIK VAN BOOM

GEBOREN OP 15 JUNI 1969 TE KOOG AAN DE ZAAAN

Voorwoord

Het is ruim honderd jaren geleden dat P.H. Loeff zijn Amsterdamse dissertatie over hoofdelijke verbintenissen verdedigde. Inmiddels is veel veranderd in ons verbintenissenrecht, ook wat betreft de zogenaamde passieve hoofdelijkheid. In dit boek wil ik verslag doen van die veranderingen, maar ook van de historische achtergronden en van de met hoofdelijkheid vergelijkbare rechtsfiguren in andere landen. Van de talrijke puzzels waar hoofdelijkheid de rechtswetenschap en rechtspraktijk voor stelt, hoop ik in dit boek een aantal te behandelen. De tekst werd afgesloten begin maart 1999.

Van de vele personen die mij zakelijk begeleidden en persoonlijk ondersteunden, en die zich van mijn grote dankbaarheid verzekerd weten, noem ik de volgende. Allereerst en vooral mijn promotor, die mij gelegenheid gaf en vrijheid liet. Dank ook aan mijn Tilburgse en Leidse collega's van toen en nu, die allen op hun eigen manier een bijzondere invloed hadden op mijn vorming en de totstandkoming van dit boek. Voor de samenvatting in het Duits ben ik Franz Nieper dank verschuldigd. Uiteraard ook veel dank aan Jacqueline; zij zette zich over haar afkeer van het saaie privaatrecht heen ('zodra er naast A en B ook nog een C verschijnt, haak ik af...') en dacht nuchter met mij mee.

Leiden, maart 1999.

Inhoudsopgave

Lijst van afkortingen	xiii
------------------------------	------

Lijst van verkort aangehaalde literatuur	xvii
---	------

HOOFDSTUK 1

Inleiding

1.1	Vraagstelling en hoofdstukindeling	1
1.2	Rechtsvergelijking	2

HOOFDSTUK 2

De grenzen van hoofdelijkheid

2.1	Inleiding: oud en geldend recht	5
2.2	Correaliteit en solidariteit	5
2.3	Uniteit of pluraliteit?	10
2.4	Hoofdelijkheid en toevallig samenlopende verbintenissen	13
2.5	De wezenskenmerken van hoofdelijkheid in ons BW	18
2.5.1	de deelschuldpresumptie van art. 6:6 lid 1 BW	21
2.5.2	het keuzerecht van de crediteur	25
2.5.3	nakoming door de een bevrijdt ook de ander	29
2.5.4	verbintenissen met een identieke strekking	30
2.5.4.1	dubbele (aansprakelijkheids)verzekeringsdekking	33
2.5.4.2	afhankelijke, onafhankelijke of abstracte verbintenissen: borgtocht, bankgarantie en accreditief	35
2.5.4.3	samenloop van inhoudelijk ongelijke verbintenissen	38
2.5.4.4	(toevallig) samenlopende verbintenissen met verschillende rechtsgronden	41
2.5.5	conclusie: ruime toepassing van hoofdelijkheid	45

HOOFDSTUK 3

Externe rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid

3.1	Inleiding: tussen onafhankelijkheid en lotsverbondenheid	47
3.2	Betaling en aanverwante handelingen	48

Inhoudsopgave

3.2.1	bevrijding door betaling	48
3.2.2	bevrijding bij ongelijke verbintenissen	49
3.2.3	bevrijding door verrekening	50
3.2.4	deelbetaling en ontslag uit hoofdelijkheid	52
3.3	Inbetalinggeving en afstand	53
3.3.1	inbetalinggeving is schuldvernieuwing	53
3.3.2	afstand om niet: kwijtschelding	55
3.3.3	kwijtschelding met 'Gesamtwirkung'	57
3.3.4	afstand om baat: schuldvernieuwing	61
3.4	Nadere afspraken over betaling	63
3.4.1	vaststelling, schikking, betalingsuitstel en -regeling	63
3.4.2	geldleen- en cessieconstructies	67
3.5	Crediteursverzuim	70
3.6	Tekortkoming en verzuim	73
3.7	Verjaring en verval	76
3.8	Vermenging	77
3.9	Onvermogen, onbekendheid en onvindbaarheid	80
3.9.1	het risico van onvermogen	80
3.9.2	faillissement van de debiteur; positie van de crediteur	84
3.9.3	onbekendheid en onvindbaarheid	88

HOOFDSTUK 4

Interne rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid

4.1	Inleiding: toedelen en verdelen	89
4.2	Historische ontwikkeling: van vorm naar wezen	90
4.3	Waarom regres?	95
4.4	Bronnen van regres	96
4.4.1	zelfstandig regresrecht (art. 6:10 BW)	97
4.4.2	'regresversterkende' subrogatie (art. 6:12 BW)	99
4.4.3	cessieconstructies	101
4.4.4	overeenkomst	101
4.4.5	zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad	103
4.4.6	samenloop: van cumulatie naar assimilatie	106
4.5	Draagplicht	107
4.5.1	van algemeen naar concreet	107
4.5.2	draagplicht naar gelijke delen	107
4.5.3	vaste verdeelsleutels	109
4.5.4	enige maatstaven ter bepaling van de draagplicht	112

4.5.4.1	algemeen: contract en wetsbepaling	112
4.5.4.2	overeenkomst als regresmaatstaf	113
4.5.4.3	art. 6:102 BW: veroorzaking en verwijtbaarheid	118
4.5.4.4	van borgtocht naar zaakwaarneming	127
4.5.4.5	de wettelijke 'borg': het extra loket	128
4.5.4.6	verrijking en profijt: lusten en lasten	130
4.5.4.7	draagplicht naar rato van het aansprakelijkheidsrisico	133
4.5.4.8	draagplicht naar draagkracht	135
4.5.4.9	schadeverzekeraar en schadeveroorzaker	137
4.6	Vrijwarings- en mededelingsplichten	139
4.6.1	ongeschreven plichten in het algemeen	139
4.6.2	vrijwaringsplicht	139
4.6.3	mededelingsplicht	141
4.7	Bijdragen in kosten en rente	144
4.7.1	algemene opmerkingen over kostenverhaal	144
4.7.2	kosten die ontstaan door verzaking van de vrijwaringsplicht	145
4.7.3	proceskosten voor het 'gemenebest'	146
4.7.4	wettelijke rente	148
4.8	Enige complicaties bij het effectueren van draagplicht	149
4.8.1	regres na deelprestatie	149
4.8.2	omslag, onderlinge draagplicht en interne draagplicht	151
4.8.3	het omslagstelsel van art. 6:13 BW	157
4.8.4	regreseenheden en hoofdelijke regresplicht	157
4.8.5	het regres van de pseudo-debiteur	162

HOOFDSTUK 5

Verstoorde rechtsverhoudingen

5.1	Inleiding: hoofdelijkheid, de meerpartijenpuzzel	165
5.2	Interne doorwerking van externe verweermiddelen	166
5.2.1	art. 6:11 BW: flexibele werking, beperkt werkingsbereik	166
5.2.2	gewekt vertrouwen en voorwaardelijke verbintenissen	168
5.2.3	anterieure en posterieure verweermiddelen	171
5.2.4	gemene en persoonlijke verweermiddelen	173
5.2.5	mededelingsplichten bij gemene verweermiddelen	175
5.2.6	het gecompliceerde verrekeningsverweer	177
5.2.7	conclusie: verweermiddelen en debiteurenbescherming	180
5.3	Verstoring van de rechtsverhoudingen door een rechtshandeling	182
5.3.1	inleiding	182
5.3.2	ontbinding en vernietiging	182

Inhoudsopgave

5.3.3	kwijtschelding, schikking en betalingsregeling	187
5.3.4	een exoneration bedongen door een van de debiteuren	191
5.4	Verstoring van de rechtsverhoudingen door wet of rechter	198
5.4.1	inleiding	198
5.4.2	wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid	199
5.4.3	wettelijke limitering van aansprakelijkheid	207
5.4.4	verjaring en verval	210
5.4.5	beperkende werking van redelijkheid en billijkheid	212
5.4.6	matiging	213
5.5	Conclusie: debiteurenbescherming	214

HOOFDSTUK 6

Procesrechtelijke aspecten

6.1	Inleiding: hoofdelijkheid in het 'tweepartijen-procesrecht'	217
6.2	Procesrechtelijke obstakels bij een 'driepartijenprocedure'	217
6.3	Gewijsde als gemeen verweermiddel tegen de crediteur	225
6.4	De regresprocedure: één tegen één of allen?	229
6.5	Afsluitende opmerkingen	231

HOOFDSTUK 7

Samenvatting en conclusies

7.1	Inleiding	233
7.2	De grenzen van hoofdelijkheid	233
7.2.1	correaliteit, solidariteit, toevallig en minder toevallig	233
7.2.2	het ruime toepassingsbereik van art. 6:6 BW	235
7.3	Externe rechtsverhoudingen	236
7.3.1	onafhankelijkheid van verbintenissen	236
7.3.2	het extraatje van de Faillissementswet	237
7.4	Interne rechtsverhoudingen	238
7.4.1	het regresrecht	238
7.4.2	de bijkomende verplichtingen	240
7.4.3	onderlinge, interne en hoofdelijke regresplicht	240
7.5	Verstoorde rechtsverhoudingen	241
7.6	Procesrechtelijke aspecten	244
7.7	Slotbeschouwing	245

Zusammenfassung	247
Artikelenregister	261
Jurisprudentieregister	267
Trefwoordenregister	277

Lijst van afkortingen

A&V	Aansprakelijkheid & Verzekering
AAe	Ars Aequi
aant.	aantekening
AB	Administratiefrechtelijke beslissingen
ABGB	Allgemeines Bürgerliches Gesetzbuch (Oostenrijk)
Abs.	Absatz
AcP	Archiv für die civilistische Praxis
A-G	Advocaat-Generaal
AM.J. TRIAL ADVOCACY	American Journal of Trial Advocacy
AMERICAN BUS. L.J.	American Business Law Journal
ANW	Algemene nabestaandenwet
ArbuR	Arbeit und Recht
art.	artikel
B-GH	Benelux-Gerechtshof
BAG	Bundesarbeitsgericht
BauR	Baurecht
BB	Betriebs-Berater
Bd.	Band
BGB	Bürgerliches Gesetzbuch 1896
BGH	Bundesgerichtshof
BGHZ	Entscheidungen des Bundesgerichtshofes in Zivilsachen (vol. nr., gevolgd door paginanummer)
BNotO	Bundesnotarordnung 1961
BW	Burgerlijk Wetboek
BW (oud)	Burgerlijk Wetboek 1838
CALIF. L. REV.	California Law Review
CAN. BAR REV.	Canadian Bar Review
C.C.	Code Civil 1804
CISG	United Nations Convention on contracts for the International Sale of Goods (Weens Koopverdrag)
CMR	Convention relative au contrat de transport international de Marchandises par Route
CRvB	Centrale Raad van Beroep
CSV	Coördinatiewet sociale verzekering
DAR	Deutsches Autorecht
DB	Der Betrieb
diss.	dissertatie
DR	Deutsches Recht
EESV	Europees economisch samenwerkingsverband

Lijst van afkortingen

EK	Kamerstukken Eerste Kamer
ETL	European Transport Law
FamRZ	Zeitschrift für das gesamte Familienrecht
FORDHAM L. REV.	Fordham Law Review
Fw.	Faillissementswet
GG	Grundgesetz
GmS-OGB	Gemeinsame Senat der obersten Gerichtshöfe des Bundes
GS	Große Senat
HASTINGS L.J.	Hastings Law Journal
HGB	Handelsgesetzbuch 1897
HR	Hoge Raad der Nederlanden
IND. L. REV.	Indiana Law Review
InsO	Insolvenzordnung
INT. ILR	International Insurance Law Review
Inv.W.	Invorderingswet 1990
JIBL	Journal of International Business Law
JOR	Jurisprudentie onderneming en recht
Jur. Rundschau	Juristische Rundschau
JuS	Juristische Schulung
JZ	Juristenzeitung
KG	Kammergericht
Ktg.	Kantongerecht
KO	Konkursordnung
Kw.ber. NBW	Kwartaalbericht Nieuw BW (voortgezet als: NTBR)
LISV	Landelijk Instituut Sociale Verzekeringen
LMCLQ	Lloyd's Maritime & Commercial Law Quarterly
losbl.	losbladige uitgave
LOUISIANA BAR J.	Louisiana Bar Journal
LOUISIANA L. REV.	Louisiana Law Review
LOYOLA L. REV.	Loyola Law Review
LOYOLA U. L.J.	Loyola University Law Journal
L.Q.R.	Law Quarterly Review
LSA	Vereniging van letselschade-advocaten
MDR	Monatsschrift für Deutsches Recht
MEMPHIS ST.U. L.REV.	Memphis State University Law Review
MICH. L. REV.	Michigan Law Review
MLR	Modern Law Review
NBW	Nieuw Burgerlijk Wetboek (Ontwerp)
NJ	Nederlandse Jurisprudentie
NJB	Nederlands Juristenblad

NJV	Nederlandse Juristenvereniging
NJW	Neue Juristische Wochenschrift
nt.	noot
NTBR	Nederlands Tijdschrift voor Burgerlijk Recht
NV	De Naamlooze Vennootschap (voortgezet als: Ondernemingsrecht)
NZA	Neue Zeitschrift für Arbeitsrecht
NZV	Neue Zeitschrift für Verkehrsrecht
ÖJZ	Österreichische Juristenzeitung
OLG	Oberlandesgericht
OLGZ	Entscheidungen der Oberlandesgerichte in Zivilsachen (jaar, gevolgd door paginanummer)
O.M.	Ontwerp Meijers
OR	Obligationenrecht (Zwitserland)
Parl. Gesch.	Parlementaire geschiedenis van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek
Pas.	Pasicrisie Belgique
ProdHaftG	Produkthaftungsgesetz
Rb.	Arrondissementsrechtbank
RCJB	Revue Critique de Jurisprudence Belge
rdnr.	randnummer
red.	redactie
RG	Reichsgericht
RGZ	Entscheidungen des Reichsgerichts in Zivilsachen (vol. nr., gevolgd door paginanummer)
RM	Regtsgeleerd Magazijn (voortgezet als: RM Themis)
RM Themis	Regtsgeleerd Magazijn Themis
r.ov.	rechtsoverweging
RSV	Rechtspraak Sociale Verzekering
RTD Civ.	Revue trimestrielle de droit civil
Rv.	Wetboek van burgerlijke rechtsvordering
RvdW	Rechtspraak van de Week
RVO	Reichsversicherungsordnung
RW	Rechtskundig weekblad
s.	section
SGB	Sozialgesetzbuch
SOUTH DAKOTA L. REV.	South Dakota Law Review
TC	Tariefcommissie
TCR	Tijdschrift voor Civiele Rechtspleging
TENN. L. REV.	Tennessee Law Review
TK	Kamerstukken Tweede Kamer

Lijst van afkortingen

T.M.	Toelichting Meijers
TMA	Tijdschrift voor milieuaansprakelijkheid
TranspR	Transportrecht
TULANE L. REV.	Tulane Law Review
TvI	Tijdschrift voor Insolventierecht
TVVS	Maandblad voor ondernemingsrecht en rechtspersonen (voortgezet als: Ondernemingsrecht)
UCP 500 (1993)	Uniform Customs and Practice for Documentary Credits, ICC Publication 500
UNA	Universiteit van de Nederlandse Antillen
UTC	Uitspraken van de tariefcommissie en andere rechtscol- leges inzake in- en uitvoer
UvA	Universiteit van Amsterdam
VA	Het Verzekeringsarchief
VANDERBILT L. REV.	Vanderbilt Law Review
VBR	Vereniging voor Burgerlijk Recht
VersR	Versicherungsrecht
VN	Vakstudie Nieuws
VR	Verkeersrecht
VVG	Versicherungsvertragsgesetz
W.	Weekblad van het recht
WAM	Wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen
WAO	Wet op de arbeidsongeschiktheidsverzekering
WAOT	Wet aansprakelijkheid olietankschepen
WLR	Weekly Law Reports
WM	Wertpapier Mitteilungen (Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht)
WPNR	Weekblad voor Privaatrecht, Notariaat en Registratie
WW	Werkloosheidswet
z.B.	zum Beispiel
ZfRV	Zeitschrift für Rechtsvergleichung
ZfV	Zeitschrift für Versicherungswesen
ZfW	Ziekenfondswet
ZHR	Zeitschrift für das gesamte Handelsrecht und Wirt- schaftsrecht
ZPO	Zivilprozessordnung
Zw	Ziektewet
ZZP	Zeitschrift für Zivilprozess

Lijst van verkort aangehaalde literatuur

Alt.komm.	G. Brüggemeier e.a., Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Band 2, Allgemeines Schuldrecht, Reihe Alternativkommentare, Neuwied 1980
Asser-Clausing-Wansink (1998)	Asser-Clausing-Wansink, 5-VI, Bijzondere overeenkomsten (de verzekeringsovereenkomst), 1e druk Deventer 1998
Asser-Hartkamp I (1992)	Asser-Hartkamp, 4-I, De verbintenis in het algemeen, 9e druk Zwolle 1992
Asser-Hartkamp I (1996)	Asser-Hartkamp, 4-I, De verbintenis in het algemeen, 10e druk Zwolle 1996
Asser-Hartkamp II (1997)	Asser-Hartkamp, 4-II, Algemene leer der overeenkomsten, 10e druk Deventer 1997
Asser-Hijma (1994)	Asser-Hijma, 5-I, Bijzondere overeenkomsten (koop en ruil), 5e druk Zwolle 1994
Asser-Kleijn (1988)	Asser-Kleijn, 5-IV, Bijzondere overeenkomsten (bewaargeving etc.), 4e/5e druk Zwolle 1988
Asser-Limburg (1905)	Asser-Limburg, Verbintenissenrecht, eerste stuk, Zwolle 1905
Asser-Losecaat Vermeer (1939)	Asser-Losecaat Vermeer, Verbintenissenrecht, eerste stuk, Zwolle 1939
Asser-Rutten (1981)	Asser-Rutten, De verbintenis in het algemeen, 6e druk Zwolle 1981
Asser-Van Goudoever (1913)	Asser-Van Goudoever, Verbintenissenrecht, eerste stuk, 2e druk Zwolle 1913
Aubel (1976)	C.P. Aubel, Vrijwaring en verhaal, Zwolle 1976

Verkort aangehaalde literatuur

- | | |
|---------------------------|---|
| Becker (1994) | H. Becker, K.E. Böhme, Kraftverkehrhaftpflichtschäden, 19e druk Heidelberg 1994 |
| Bloembergen (1965) | A.R. Bloembergen, Schadevergoeding bij onrechtmatige daad, diss. Utrecht 1965 |
| Blomkwist (1998) | J.W.H. Blomkwist, Borgtocht, Mon. Nieuw BW B-78, 2e druk Deventer 1998 |
| Boonekamp (1990) | R.J.B. Boonekamp, Onrechtmatige daad in groepsverband volgens NBW, diss. Leiden 1990 |
| Börnson (1969) | E.W. Börnsen, Strukturen der Gesamtschuld - Versuch einer Präzisierung, Kiel 1969 |
| Boulanger (1974) | J. Boulanger, Der Gesamtschuldnerausgleich bei Ausschluss oder Begrenzung der Haftung eines Geschädigten; eine Untersuchung zum französischen und deutschen Recht, Heidelberg 1974 |
| Van Brakel (1948) | S. van Brakel, Leerboek van het Nederlandse verbintenissenrecht, eerste deel, 3e druk Zwolle 1948 |
| Brambring (1973) | G. Brambring, Mittäter, Nebentäter, Beteiligte und die Verteilung des Schadens bei Mitverschulden des Geschädigten, Berlin 1973 |
| Brox (1992) | H. Brox, Allgemeines Schuldrecht, 20e druk 1992 |
| Van Buchem-Spapens (1982) | A.M.J. van Buchem-Spapens, Pluraliteit van schuldenaren en hoofdelijke verbondenheid, pluraliteit van schuldeisers en alternatieve en voorwaardelijke verbintenissen, Mon. Nieuw BW B-31, Deventer 1982 |
| Büsken (1986) | R. Büsken, Haftungssystem, Freistellung und Regreß bei Krankenhausträger und angestelltem Arzt, Keulen 1986 |

Von Caemmerer (1968)	E. v. Caemmerer, Ausgleichsprobleme im Haftpflichtrecht in rechtsvergleichender Sicht, ZfRV 1968, p. 81-98
Carbonnier (1996)	J. Carbonnier, Les Obligations, Droit civil tome 4, 20e druk Parijs 1996
Chitty on Contracts	A.G. Guest (red.), Chitty on Contracts, vol. I en II, 27e druk Londen 1994
Cohen (1891)	I.B. Cohen, De invloed van het faillissement op de verplichtingen van hoofdelijke schuldenaren, diss. Groningen 1891
Denck (1988)	J. Denck, Enthftung zu Lasten des Arbeitnehmers bei gestörtem Gesamtschuldnerausgleich, NZA 1988, p. 265-269
De Kok (1965)	H.G.F.M. de Kok, Het regres, diss. Nijmegen 1965
De Nerée tot Babberich (1923)	F.J.W.M. de Nerée tot Babberich, De rechtsband tusschen hoofdelijke schuldenaren, diss. Leiden 1923
Diephuis X (1886)	G. Diephuis, Het Nederlandsch Burgerlijk Regt, deel X, Groningen 1886
Droste (1994)	A. Droste, Der Regreß des Herstellers gegen den Zulieferanten, Bonn 1994
Ehmann (1972)	H. Ehmann, Die Gesamtschuld - Versuch einer begrifflichen Erfassung in drei Typen, Berlin 1972
Erman	H.P. Westermann (red.), W. Erman - Handkommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, 9e druk Münster 1995
Esser-Schmidt (1993)	J. Esser, E. Schmidt, Schuldrecht, Teilbd. 2, 7e druk Heidelberg 1993

Verkort aangehaalde literatuur

Fikentscher (1997)	W. Fikentscher, Schuldrecht, 9e druk Berlijn 1997
Friedmann en Cohen (1991a)	D. Friedmann, N. Cohen, Payment of another's debt, in: P. Schlechtriem (red.), Restitution - unjust enrichment and negotiorum gestio, International Encyclopedia of Comparative Law X, hoofdstuk 10 (1991)
Friedmann en Cohen (1991b)	D. Friedmann, N. Cohen, Adjustment among multiple debtors, in: P. Schlechtriem (red.), Restitution - unjust enrichment and negotiorum gestio, International Encyclopedia of Comparative Law X, hoofdstuk 11 (1991)
Fuchs (1933)	E.-G. Fuchs, Der Begriff der Gesamtschuld im Sinne des Deutschen Bürgerlichen Gesetzbuchs, Schramberg 1933
Fuchs (1994)	M. Fuchs, Arbeitsteilung und Haftung, JZ 1994, p. 533-540
Giemulla (1988)	E. Giemulla, Haftungsverteilung und -ausgleich im Luftrecht beim Zusammenwirken mehrerer Schädiger, Zeitschrift für Lüft- und Weltraumrecht 1988, p. 140-153
Giesberts (1990)	L. Giesberts, Die gerechte Lastenverteilung unter mehreren Störern, Berlijn 1990
Goette (1974)	W. Goette, Gesamtschuldbegriff und Regreßproblemen, Bonn 1974
Goff en Jones (1993)	Lord Goff of Chieveley, Gareth Jones, The Law of Restitution, 4e druk Londen 1993
Goost (1961)	G. Goost, Die sogenannte unechte Gesamtschuld, Keulen 1961

Habermeier (1968)	D. Habermeier, Summenmäßige Beschränkung einer Schuld und Gesamtschuld im Recht der Gefährdungshaftung, im Versicherungsrecht, im Recht der Kommanditgesellschaft und im Bürgschaftsrecht, Erlangen-Nürnberg 1968
Hanau en Rolfs (1994)	P. Hanau en Chr. Rolfs, Abschied von der Gefahrgeneigten Arbeit, NJW 1994, p. 1439-1442
Hartmann (1942)	A. Hartmann, Der Regress bei Haftung Mehrerer aus verschiedenen Rechtsgründen, Bern 1942
Hasse (1992)	A. Hasse, Der Regress im Sozial- und Privatversicherungsrecht als Regelungsgegenstand der Gesamtschuld, Berlijn 1992
Helm (1961)	J.G. Helm, Der arbeitsrechtliche Freistellungsanspruch bei schadensgeneigter Arbeit und seine Auswirkungen auf die beschränkte Unternehmerhaftung, insbesondere im Verkehrsrecht, AcP 160 (1961), p. 134-155
Henke (1991)	H.-E. Henke, Die Bewältigung des Mitverschuldens - eine anspruchsvolle juristische Technik, JuS 1991, p. 265-273
Hillenkamp (1966)	U. Hillenkamp, Zur Lehre von der unechten Gesamtschuld, Hamburg 1966
Hofmann (1932)	L.C. Hofmann, Het Nederlandsch verbintenissenrecht, eerste deel: de algemene leer der verbintenissen, 2e druk Groningen 1932
Hofmann (1948)	L.C. Hofmann, bew. S.N. van Opstall, Het Nederlands verbintenissenrecht, eerste deel: de algemene leer der verbintenissen, 7e druk Groningen 1948
Hofmann-Van Opstall (1959)	L.C. Hofmann, bew. S.N. van Opstall, Het Nederlands verbintenissenrecht, eerste deel:

	de algemene leer der verbintenissen, 8e druk Groningen 1959
Hofmann-Van Opstall (1976)	L.C. Hofmann, bew. S.N. van Opstall, Het Nederlands verbintenissenrecht, eerste deel: de algemene leer der verbintenissen, 9e druk Groningen 1976
Hofmann (1989)	E. Hofmann, Haftpflichtrecht für die Praxis, München 1989
Hofmann (1991)	E. Hofmann, Privatversicherungsrecht, 3e druk München 1991
Hübner (1974)	J. Hübner, Schadenszurechnung nach Risi- kosphären, Berlin 1974
Hüffer (1970)	U. Hüffer, Der Rückgriff gegen die deliktisch handelnden Schädiger bei Entschädigungslei- stungen Dritter, Heidelberg 1970
Hüffer (1971)	U. Hüffer, Die Ausgleichung bei dem Zusam- mentreffen von Bürgschaft und dinglicher Kreditsicherung als Problem der Gesamt- schuldlehre, AcP 171 (1971), p. 470-485
Ising (1969)	P. Ising, Einseitiger Haftungsausschluss bei mehreren Schadensverursachern, Keulen 1969
Jürgens (1988)	H. Jürgens, Teilschuld - Gesamtschuld - Ku- mulation, Baden-Baden 1988
Kaser (1971)	M. Kaser, Das Römische privatrecht, 1e deel, 2e druk München 1971
Kerr Wylie (1923)	J. Kerr Wylie, Solidarity and Correality, Edinburgh 1923
Keuk (1968)	B. Keuk, Die Solidarhaftung der Nebentäter, AcP 168 (1968), p. 175-206

Klauser (1962)	K.-A. Klauser, Abwägungsgrundsätze zur Schadensverteilung bei Mitverschulden und Mitverursachung, NJW 1962, p. 369-374
Klimke (1980)	M. Klimke, Auswirkungen von Haftungsprivilegien auf den Schadensausgleich im Rahmen eines gestörten Gesamtschuldverhältnis, ZfV 1980, p. 496-499 (deel 2), p. 525-528 (deel 3)
Knap (1925)	H.W. Knap, Subrogatie en verhaal op medeschuldenaren, diss. Groningen 1925
Knauf (1985)	N. Knauf, Gesamtschuld und Polizeikostenrecht, Hemmingen 1985
Korthals Altes (1933)	R. Korthals Altes, Borgtocht naar hedendaagsch Nederlandsch recht, diss. UvA 1933
Kunneman (1994)	F.B.M. Kunneman, De Gordiaanse knoop van eigen schuld en medeschuld, oratie UNA 1994
Lange (1990)	H. Lange, Schadensersatz, 2e druk Tübingen 1990
Larenz I	K. Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. I Allgemeiner Teil, 14e druk München 1987
Larenz II-2	K. Larenz, C.-W. Canaris, Lehrbuch des Schuldrechts, Bd. 2 Besonderer Teil, halbbd. 2, 13e druk München 1994
Last (1908)	A. Last, Anspruchskonkurrenz und Gesamtschuldverhältnis, Breslau 1908
Leonhard (1929)	F. Leonhard, Allgemeines Schuldrecht des BGB, Bd. 1, München 1929
Loeff (1891)	P.H. Loeff, Hoofdelijke verbintenissen volgens het Nederlandsche recht, diss. UvA 1891

Verkort aangehaalde literatuur

Lorenz (1979)	E. Lorenz, Die Lehre von den Haftungs- und Zurechnungseinheiten und die Stellung des Geschädigten in Nebentäterfällen, Karlsruhe 1979
Ludewig (1968)	G. Ludewig, Der gestörte Gesamtschuldnerausgleich zwischen mehreren Schädigern; zugleich eine Betrachtung zur geplanten Neufassung des § 840 BGB, Göttingen 1968
Lumm (1968)	H. Lumm, Zu den Voraussetzungen und der Funktion des Ausgleiches unter Gesamtschuldneren, Hamburg 1968
Malaurie-Aynès (1996)	P. Malaurie, L. Aynès, Les obligations, Cours de droit civil, tome VI, 7e druk Parijs 1996
Marschall v. Bieberstein (1967)	W. Marschall v. Bieberstein, Reflexschäden und Regreßrechte: die Ersatzansprüche Dritter bei mittelbaren Vermögensschäden infolge vertraglicher und ähnlicher Beziehungen zum Verletzten, Stuttgart 1967
Marty-Raynaud-Jestaz (1989)	Marty-Raynaud-Jestaz, Droit Civil, Les obligations, deel 2, Le régime, 2e druk Parijs 1989
Meier (1936)	J. Meier, Das Ausgleichsverhältnis zwischen mehreren schuldhaften Tätern einer unerlaubten Handlung, Heiligenstadt 1936
Mitchell (1994)	Charles Mitchell, The law of subrogation, Oxford 1994
Mohr (1970)	P. C. Mohr, Die Kanalisierung der Haftung unter besonderer Berücksichtigung des Atomrechtes, Berlijn 1970
Motive	Motive zu dem Entwurfe eines Bürgerlichen Gesetzbuches für das Deutsche Reich, Bd. II, Recht der Schuldverhältnisse, Berlijn 1888

Münch. Komm.	K. Rebmann, F.J. Säcker, Münchener Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht Allgemeiner Teil, H. Heinrichs (red.), 3e druk 1994
Münchbach (1976)	W. Münchbach, Regreßkonstruktionen in Schadensfällen, Berlijn 1976
Nastelski (1966)	G. Nastelski, Haftungsausschluß und Gesamtschuldnerausgleich bei unerlaubten Handlungen, Freiburg 1966
Oftinger-Stark (1995)	K. Oftinger, E.W. Stark, Schweizerisches Haftpflichtrecht, Erster Band: Allgemeiner Teil, Zürich 1995
Von Olshausen (1988)	E. v. Olshausen, Gläubigerrecht und Schuldnerschutz bei Forderungsübergang und Regreß, Keulen 1988
Opzoomer V (1879)	C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, vijfde deel, Amsterdam 1879
Opzoomer XI (1886)	C.W. Opzoomer, Het Burgerlijk Wetboek verklaard, elfde deel, eerste aflevering, 's-Gravenhage 1886
Palandt	P. Bassenge e.a., Palandt Bürgerliches Gesetzbuch, 54e druk München 1995
Parl. Gesch. Boek 6	C.J. van Zeben e.a., Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, boek 6 algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1981; W.H.M. Reehuis, E.E. Slob, Parlementaire geschiedenis van het nieuwe burgerlijk wetboek, invoering boeken 3, 5 en 6: boek 6 algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht, Deventer 1990
Pierson (1941)	H.D. Pierson, De subrogatie in het burgerlijk recht, diss. Utrecht 1941

Verkort aangehaalde literatuur

Pitlo-Bolweg (1979)	Pitlo-Bolweg, Algemeen deel van het verbintenissenrecht, 8e druk Arnhem 1979
Polak en Van Mierlo (1998)	Maurice V. Polak, Antonius I.M. van Mierlo, Verstrekking van zekerheden aan internationale syndicaten, 2e druk Amsterdam 1998
Pothier	R.J. Pothier, Traité des Obligations, Parijs 1760
Prediger (1988)	B. Prediger, Zur Auslegung und Anwendung der Regelungen im BGB über die Gesamtschuld, Frankfurt am Main 1988
Pröller-Martin	U. Knappmann e.a., Pröller-Martin, Versicherungsvertragsgesetz, 25e druk München 1992
Prosser en Keeton (1984)	W. Prosser, W. Keeton, Prosser and Keeton on Torts, 5e druk St. Paul 1984
Raisch (1965)	P. Raisch, Zur Begriffsbestimmung der Gesamtschuld, JZ 1965, p. 703-708
Reinicke en Tiedtke (1988)	D. Reinicke, K. Tiedtke, Gesamtschuld und Schuldsicherung durch Bürgschaft, Hypothek, Grundschild, Pfandrecht an beweglichen Sachen und Rechten, 2e druk, Neuwied 1988
RGRK	R. Alf e.a., Das Bürgerliche Gesetzbuch mit besonderer Berücksichtigung der Rechtsprechung des Reichsgerichts und des Bundesgerichtshofes (Kommentar) (BGB-RGRK), Band II, 1. Teil, 12e druk Berlijn 1974, Band II, 2. Teil, 12e druk Berlijn 1978, Band II, 6. Teil, 12e druk Berlijn 1989
Rother (1965)	W. Rother, Haftungsbeschränkung im Schadensrecht, München 1965
Rother (1983)	W. Rother, Die 'vorwiegende Verursachung', VersR 1983, p. 793-798

- | | |
|----------------------------|---|
| Rüßmann (1974) | H. Rüßmann, Die Abgrenzung der Gesamtschuld von anderen Schuldnermehrheiten - BGHZ 59, 97, JuS 1974, p. 292-298 |
| Von Savigny (1851) | F.K. von Savigny, Das Obligationenrecht als Teil des heutigen römischen Rechts, Band I, Berlin 1851 |
| Schlechtriem (1978) | P. Schlechtriem, Ausgleich zwischen mehreren Sicherern fremder Schuld, in: Festschrift für Ernst von Caemmerer, Tübingen 1978, p. 1013-1047 |
| Schmidt (1922) | R. Schmidt, Unechte Solidarität, Jena 1922 |
| Scholz en Tremml (1994) | G. Scholz, B. Tremml, Staatshaftungs- und Entschädigungsrecht, 5e druk, München 1994 |
| Schoordijk (1979) | H.C.F. Schoordijk, Het algemeen gedeelte van het verbintenissenrecht naar het nieuw burgerlijk wetboek, Deventer 1979 |
| Schulz (1907) | F. Schulz, Rückgriff und Weitergriff, Breslau 1907 |
| Schwartz (1994) | Victor E. Schwartz, Comparative Negligence, 3e druk Charlottesville 1994 |
| Selb (1963) | W. Selb, Schadensbegriff und Regreßmethoden, Heidelberg 1963 |
| Selb (1984) | W. Selb, Mehrheiten von Gläubigern und Schuldner, Tübingen 1984 |
| Soergel | W. Siebert (red.), Kohlhammer-Soergel, Kommentar zum Bürgerlichen Gesetzbuch, Bd. 2, Schuldrecht I, 12e druk Stuttgart 1990 |
| Spier (1992) | J. Spier, Schadevergoeding; algemeen, deel 3, Mon. Nieuw BW B-36, Deventer 1992 |
| Starck-Roland-Boyer (1991) | Starck-Roland-Boyer, Obligations, 1. Responsabilité délictuelle, 4e druk Parijs 1991 |

- | | |
|------------------------------|---|
| Stauder (1964) | C. Stauder, Probleme der Mehrtäterschaft im deutschen, französischen und englischen Deliktsrecht, Bonn 1964 |
| Steinbeis (1974) | H.F. Steinbeis, Haftungsausschluß und Gesamtschuldnerausgleich im deutschen und französischen Recht, München 1974 |
| Suijling (1936) | J.Ph. Suijling, Inleiding tot het burgerlijk recht, tweede stuk - tweede gedeelte, 2e druk Haarlem 1936 |
| Terré-Simler-Lequette (1996) | F. Terré, P. Simler, Y. Lequette, Droit civil, les obligations, 6e druk Parijs 1996 |
| Thiele (1968) | W. Thiele, Gesamtschuld und Gesamtschuldnerausgleich, JuS 1968, p. 149-157 |
| Le Tourneau-Cadiet (1996) | P. le Tourneau, L. Cadiet, Droit de la Responsabilité, Parijs 1996 |
| Vanquickenborne (1975) | M. Vanquickenborne, Het regres van de in solidum veroordeelde schuldenaar, Antwerpen 1975 |
| Venzmer (1960) | K.J. Venzmer, Mitverursachung und Mitverschulden im Schadenersatzrecht, München 1960 |
| Vincent (1939) | Jean Vincent, l'Extension en jurisprudence de la notion de solidarité passive, RTD Civ. 1939, p. 601-683 |
| Völlmar (1952) | H.F.A. Völlmar, Nederlands burgerlijk recht, derde deel: verbintenissen- en bewijsrecht, 2e druk Zwolle 1952 |
| Wacke (1970) | A. Wacke, Der Erlaß oder Vergleich mit einem Gesamtschuldner, AcP 170 (1970), p. 42-75 |

- Wagenfeld (1972) M. Wagenfeld, Ausgleichsansprüche unter solidarisch haftenden Deliktsschuldnern im englischen und deutschen Recht, Tübingen 1972
- Wandt (1994) M. Wandt, Produkthaftung mehrerer und Regreß, BB 1994, p. 1436-1442
- Van Wassenauer van Catwijck en Jongeneel (1995) A.J.O. van Wassenauer van Catwijck, R.H.C. Jongeneel, Eigen schuld en mede-aansprakelijkheid, 2e druk Zwolle 1995
- Van Weel (1863) D. van Weel, De leer der solidaire of hoofdelijke verbindtenissen naar het Romeinsche en hedendaagse recht, diss. Leiden 1863
- Weir (1976) T. Weir, Complex liabilities, in: A. Tunc (red.), Torts, International Encyclopedia of Comparative Law XI, hoofdstuk 12 (1976).
- Weitnauer (1978) H. Weitnauer, Personenmehrheiten auf der Gläubiger- und Schuldnerseite, in: Festschrift für Fritz Hauß, Karlsruhe 1978, p. 373-393
- Wernecke (1990) F. Wernecke, Die Gesamtschuld, Berlin 1990
- Wesener (1965) G. Wesener, Die Durchsetzung von Regressansprüchen im Römischen Recht, Labeo 1965, p. 341-361
- Weyers (1995) H.-L. Weyers, Versicherungsvertragsrecht, 2e druk Neuwied 1995
- Wezeman (1998) J.B. Wezeman, Aansprakelijkheid van bestuurders, diss. Groningen 1998
- Williams (1949) Glanville L. Williams, Joint obligations, Londen 1949
- Williams (1951) Glanville L. Williams, Joint torts and contributory negligence, Londen 1951

Verkort aangehaalde literatuur

Wochner (1972)	M. Wochner, Einheitliche Schadensteilungsnormen im Haftpflichtrecht, Heidelberg 1972
Wussow (1985)	H. Diekstatt e.a., Wussow, Unfallhaftpflichtrecht, 13e druk Keulen 1985
Zimmermann (1990)	R. Zimmermann, The law of obligations, Kaapstad 1990
Zöllner en Loritz (1992)	W. Zöllner, K.-G. Loritz, Arbeitsrecht, 4e druk München 1992

Inleiding

1.1 Vraagstelling en hoofdstukindeling

Wat is hoofdelijkheid? Die vraag tracht ik in deze studie te beantwoorden, en wel aan de hand van drie deelvragen: wanneer doet zich hoofdelijkheid voor, welke gevolgen heeft zij voor de betrokken debiteuren in hun verhouding tot de crediteur en welke gevolgen heeft zij voor de betrokken debiteuren in hun onderlinge verhouding?

De gekozen invalshoek is een algemene; dit boek biedt bijvoorbeeld geen compleet overzicht – laat staan een uitputtende analyse – van alle wetsbepalingen die hoofdelijkheid in het leven roepen. Bovendien, voor alle duidelijkheid: de studie is beperkt tot hetgeen onder oud recht bekend stond als ‘passieve hoofdelijkheid’.

Beantwoording van de gestelde vragen geschiedt aan de hand van de wet en haar totstandkomingsgeschiedenis, literatuur en rechtspraak. Daarnaast nam vergelijking met oud en vreemd recht bij mijn onderzoek een belangrijke plaats in. Ik kom hierna in paragraaf 1.2 op dit punt terug.

De opbouw van deze studie is als volgt. In hoofdstuk 2, getiteld ‘De grenzen van hoofdelijkheid’, poog ik een antwoord op de eerste deelvraag te formuleren door de herkomst van de hoofdelijkheidsfiguur te achterhalen om vervolgens de verschillende gedaanten waarin men hoofdelijkheid in ons recht tegenkomt tot één gemeenschappelijke noemer terug te brengen.

Beantwoording van de tweede en derde deelvraag geschiedt in de hoofdstukken 3 tot en met 6. In hoofdstuk 3, getiteld ‘Externe rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid’ en in hoofdstuk 4, getiteld ‘Interne rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid’ zal worden getracht datgene te onderscheiden wat zich niet laat scheiden, te weten de drie- of meerhoeksrelatie tussen crediteur en de twee (of meer) hoofdelijke debiteuren.

Bij de behandeling van de externe rechtsverhoudingen in hoofdstuk 3 komen de ‘klassieke’ rechtsfeiten zoals verzuim en verjaring aan de orde die van invloed zijn op voortbestaan of omvang van de verbintenis in het algemeen; steeds zal de vraag worden gesteld of die rechtsfeiten mede gevolgen hebben – en zo ja, welke – voor de verbintenissen van de andere debiteuren in hun verhouding tot de crediteur.

In het vierde hoofdstuk zal vervolgens aandacht worden besteed aan de verhouding tussen hoofdelijke debiteuren onderling en de rechtsfeiten die van invloed zijn op die verhouding.

In het vijfde hoofdstuk komt het verschijnsel aan de orde dat ik 'verstoorde rechtsverhoudingen' heb gedoopt. Dit verschijnsel betreft bepaalde rechtsfeiten die een verstoring van de hoofdelijkheidsband tot gevolg hebben. Deze verstoring laat haar sporen na zowel in de externe als in de interne verhouding. Om te voorkomen dat het onderwerp in brokstukken over de hoofdstukken 3 en 4 zou worden verspreid, wijd ik er een apart hoofdstuk 5 aan. Het hoofdstuk is bedoeld als een 'opbouw' op de hoofdstukken 3 en 4.

In het zesde hoofdstuk worden enige procesrechtelijke aspecten van hoofdelijkheid behandeld. De nadruk ligt op 'enige'; men verwachtte hier geen diepgaande beschouwingen, maar veeleer een inventarisatie van de procesrechtelijke obstakels bij de driehoeksverhouding van hoofdelijkheid. In dit hoofdstuk zal ik voorts enige aanbevelingen doen die tot wegneming van deze obstakels zouden kunnen bijdragen.

Het zevende hoofdstuk tenslotte bevat een samenvatting van het voorgaande en conclusies.

1.2 Rechtsvergelijking

Ik heb bij mijn onderzoek een belangrijke plaats ingeruimd voor rechtsvergelijking, waarbij ik heb getracht zowel vreemde rechtssystemen te analyseren als de gemene historische wortels van bepaalde rechtssystemen bloot te leggen. Doel daarbij was enerzijds het achterhalen van de oorsprong van onze vroegere en huidige wettelijke regeling van de hoofdelijkheid, anderzijds het verzamelen van bruikbare ideeën voor de oplossing van de problemen die hoofdelijkheid in ons huidige recht met zich brengt.

Wat betreft de vergelijking met vreemde rechtssystemen neemt het Duitse recht een voorname plaats in. De keuze voor de nadruk op Duits recht is ingegeven door twee overwegingen. In de eerste plaats bleek mij na 'vooronderzoek' dat er grote overeenkomsten bestaan tussen de Duitse en Nederlandse wettelijke regeling van de hoofdelijkheid. Deze gelijkenis maakt het zinvol literatuur en rechtspraak op de Duitse 'Gesamtschuld' in het onderzoek te betrekken. In de tweede plaats geven Duitse rechtspraak en literatuur op het gebied van de 'Gesamtschuld', zoals bij vrijwel alle vermogensrechtelijke onderwerpen, een zeer rijke variatie aan casuïstiek, inzichten en standpunten. Er is gewoonweg veel materiaal voorhanden.¹ Overigens is bij de rechtsvergelijking met Duitsland wel getracht de voeten op vaste bodem te houden. De Duitse dogmatiek en rechtspraak getuigen weliswaar

1 R. von Jhering, *Scherz und Ernst in der Jurisprudenz*, 13e druk Leipzig 1924, p. 8 schreef daarover al schertsend: 'Mann kann die Juristen der heutigen Zeit in zwei Klassen einteilen: diejenigen, die über Korrealobligation (een bepaald soort hoofdelijke verbintenis, WvB) geschrieben, und die nicht darüber geschrieben haben'.

van een welkome diepgravende analyse, maar die diepgravendheid wil nog wel eens ten koste gaan van werkelijkheidszin en praktische relevantie.²

In mindere mate wordt aandacht besteed aan Frans, Engels en Amerikaans recht. Grote aandacht voor het Franse recht bleek niet voor de hand te liggen omdat – zoals in hoofdstuk 2 aan de orde zal komen – de op Franse leest geschoeide hoofdelijkheidsfiguur uit ons BW van 1838 vrijwel geheel is verlaten. Bovendien is mij bij vooronderzoek gebleken dat de Franse literatuur en rechtspraak op dit punt niet omvangrijk zijn en weinig toevoegen aan hetgeen ik reeds elders aantrof.

De resultaten van de vergelijking met oud en vreemd recht zijn in deze studie vervlochten met de tekst over het geldende of wenselijke Nederlandse recht. De lezer zal nagenoeg geen uitgebreide of geïsoleerde uiteenzettingen aantreffen over oud of vreemd recht; evenmin worden in extenso inleidingen op vreemd recht ten beste gegeven. Hoewel dit onmiskenbaar het nadeel heeft dat soms met de deur in (het 'oude' of 'vreemde') huis wordt gevallen, meen ik dat aldus het zicht op ons eigen recht het best behouden blijft. En daar gaat het hier in de eerste plaats om.

2 Ook in Duitsland lijkt men zich daarvan bewust te zijn. Bekend (in Duitsland althans) zijn de passages uit Von Jherings 'Scherz und Ernst in der Jurisprudenz', waarin hij zich laatdunkend uitlaat over pandektisten die zich onledig houden met het schrijven van dikke boeken over de gemeenrechtelijke 'Korrealobligation'. Zie Von Jhering, a.w., p. 8-9 en vooral ook p. 256.

De grenzen van hoofdelijkheid

2.1 Inleiding: oud en geldend recht

In dit hoofdstuk wordt gezocht naar 'de grenzen' van hoofdelijkheid. Daarmee doel ik op vragen als: wanneer doet zich hoofdelijkheid voor, wat zijn bronnen en essentiële kenmerken van hoofdelijkheid, en hoe kan hoofdelijkheid worden onderscheiden van aanverwante rechtsfiguren? Bij behandeling van deze vragen zal het thans in ons land geldende recht centraal staan, maar waar dit nodig en nuttig lijkt sta ik tevens stil bij oud en vreemd recht. Wat betreft oud recht: een korte terugkeer naar het gemeenrechtelijke verleden is in dit verband onontbeerlijk voor een goed begrip van het geldende recht van zowel Nederland als de ons omringende landen. Vandaar dat aan een uiteenzetting van het stelsel van de hoofdelijkheid in het thans geldend recht (paragraaf 2.5) een korte historische schets (paragraaf 2.2 en volgende) voorafgaat.

2.2 Correaliteit en solidariteit

Op het Europese vasteland kwam onder invloed van de Duitse 'Pandektenwissenschaft' in het begin van de negentiende eeuw¹ de gedachte in zwang dat het Romeinse recht twee soorten hoofdelijkheid zou hebben gekend: correaliteit en solidariteit. Bij de eerste figuur zou sprake zijn geweest van één enkele verbintenis met meerdere debiteuren (men spreekt in dit verband wel van de *uniteitsleer*), terwijl bij de tweede figuur moest worden gedacht aan evenzovele verbintenissen als er debiteuren waren.² Aan dit onderscheid zou ook verschil in rechtsgevolg zijn

1 Dat tijdstip is niet toevallig: in 1816 ontdekte B.G. Niebuhr te Verona een handschrift van de Instituten van Gaius; mede naar aanleiding van deze teksten werd het onderscheid tussen correaliteit en solidariteit gangbaar. Zie Loeff (1891), p. 25 en Hofmann (1932), p. 118.

2 Het onderscheid tussen 'correaliteit' en 'solidariteit' werd voor het gemene recht geïntroduceerd door F.L. Keller, *Ueber Litis Contestation und Urtheil nach classischem Römischem Recht*, Zürich 1827, en G.J. Ribbentrop, *Zur Lehre von den Correal-Obliigationen*, Göttingen 1831, en werd gevolgd door o.a. Windscheid en Von Savigny (deze laatste sprak van 'echte' en 'unechte' correaliteit'). Zij werd verworpen door o.m. Cohen (1891), p. 7 e.v., N.K.F. Land, *Verklaring van het burgerlijk wetboek*, 3e deel, 1e stuk, Haarlem 1892, p. 92, P.F. Girard, *Manuel élémentaire de droit romain*, 8e druk door F. Senn, Parijs 1929, p. 787. Zie over e.e.a. Zimmermann (1990), p. 129, nt. 99, Van Weel (1863), p. 15 e.v., Asser-Van Goudoever (1913), p. 77, Segers, Themis 1920, p. 401, nt. 1, W.J. Brühlmann, *Haftung und Rückgriff im Schadenersatzrecht*, diss. Bern 1927, p. 37 e.v., L. Sprey, *Aansprakelijkheid van wisselschuldenaren*, diss. VU 1929, p. 9 e.v., Leonhard (1929), p. 720-721, Hofmann (1932), p. 118 en uitgebreid H. Winter, *Teilschuld, Ge-*

verbonden. Algemeen gesproken zou tussen correaal debiteuren meer juridische lotsverbondenheid bestaan, terwijl de verbintenissen van solidaire debiteuren min of meer zelfstandig van aard waren.³ De lotsverbondenheid van correaal debiteuren was met name gelegen in de werking van de *litis contestatio*: werd een van de correi in rechte aangesproken, dan was met de uitkomst van het geding – wat deze ook zou zijn – de positie jegens alle debiteuren bepaald. De beslissing over hun *una obligatio* betrof immers *eadem re*.⁴

De gedachte dat ‘het’ Romeinse recht twee soorten hoofdelijkheid kende, kon postvatten omdat de Romeinsrechtelijke teksten de gehoudenheid van meerdere debiteuren nu eens kenschetsten als *una eademque obligatio*, dan weer als *plures obligationes*.⁵ De teksten repten nu eens van de gehoudenheid van debiteuren *in solidum*, dan weer van debiteuren als *correi debendi*.⁶ Naast deze verschillen in bewoording, kenden de teksten echter ook verschillen in rechtsgevolg. De uitweg uit elkaar tegensprekende teksten lag voor de negentiende-eeuwse rechtswetenschappers dan ook voor de hand: zij moesten op verschillende rechtsfiguren duiden.

Deze tekstexegese dichtte de Romeinen naar alle waarschijnlijkheid te veel denkwerk toe; de Romeinse juristen hebben zelf, naar mag worden aangenomen, nooit stilgestaan bij de tegenstrijdigheden in de teksten.⁷ Dat begrippen als ‘solidum’ en ‘correus’ naast elkaar in dezelfde tekstverzamelingen werden gebruikt en dat er verschillen in rechtsgevolg bestonden, is eerder toe te schrijven aan het ‘knip-en-plak-werk’ van het Corpus Iuris Civilis dan aan een werkelijk beoogd onderscheid.⁸

Hoe dat ook zij, prominente negentiende eeuwse rechtsgeleerden meenden het bestaan van het onderscheid tussen correaliteit en solidariteit te hebben aangetoond.

samtschuld und unechte Gesamtschuld, Frankfurt am Main 1985, p. 30 e.v.

3 Zie over e.e.a. bijv. Lumm (1968), p. 11 e.v. en Wernecke (1990), p. 13-14.

4 Kaser (1971), p. 658, M. Kaser, *Das Römische Privatrecht*, 2e deel, 2e druk München 1975, p. 455, H. Hausmaninger, W. Selb, *Römisches Privatrecht*, 7e druk Wenen 1994, p. 377. Justinianus schafte deze werking van de *litiscontestatio* overigens af (art. 1320 BW (oud) herinnert hier nog aan); zie over e.e.a. Knap (1925), p. 29, Girard, a.w., p. 790, Marty-Raynaud-Jestaz (1989), nr. 115. Vgl. Zimmermann (1990), p. 125-126, Van Weel (1863), p. 12 e.v., Loeff (1891), p. 19, Opzoomer V (1879), p. 231-233. Eenzelfde mate van lotsverbondenheid gold naar common law voor ‘jointly liable debtors’. Zie Williams (1951), p. 35-36, Donald G. Caswell, 69 CAN. BAR REV. (1990), p. 580 e.v. en Goodliffe, 5 JIBL (1996), p. 195. In de meeste jurisdicties is deze vergaande lotsverbondenheid afgeschaft; zie Weir (1976), § 12-99, Prosser en Keeton (1984), § 47-49, Chitty on Contracts vol. I, § 17-07 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-61.

5 Zie het overzicht bij Kerr Wylie (1923), p. 72-73.

6 Opzoomer V (1879), p. 214, Van Weel (1863), p. 6-7. Zie ook Girard, a.w., p. 787 nt. 4.

7 J.M. Nap, RM 1908, p. 290, Vincent (1939), p. 666, Kaser (1971), p. 659, Zimmermann (1990), p. 129. Vgl. J.C. van Oven, *Leerboek van het Romeinsch privaatrecht*, 3e druk Leiden 1948, nr. 249.

8 Zimmermann (1990), p. 128. Zie ook Van Weel (1863), p. 33, p. 125-126, Loeff (1891), p. 24, J. Henri Hijmans, *Romeinsch verbintenissenrecht*, Zwolle 1918, p. 345, Leonhard (1929), p. 720-721, Hofmann (1932), p. 118 nt. 4. Anders: P.J. Kotzé, *Die aanspreekbaarheid van mededaders en afsonderlike daders*, diss. Leiden 1953, p. 6, p. 20.

Met name in Duitsland heeft het hierbedoelde onderscheid furore gemaakt;⁹ het praktisch belang was in dat land ook groter dan in landen met een codificatie, omdat de Romeinse teksten de basis vormden voor het destijds in Duitsland geldende gemene recht. De BGB-wetgever heeft echter uiteindelijk afstand genomen van de rechtsgeleerde discussie; het BGB maakt met opzet geen onderscheid tussen 'correale' en 'solidaire' *Gesamtschuld*. Na invoering van het BGB mocht er slechts één alomvattende 'Gesamtschuld' bestaan.¹⁰ Na invoering van het BGB is de discussie over het vermeende onderscheid dan ook vrij snel verstomd.¹¹

De Franse negentiende eeuwse rechtswetenschap heeft zich ook – zij het in mindere mate – ingelaten met de discussie over correaliteit en solidariteit. Weliswaar was het praktisch belang hiervan minder groot dan in Duitsland, maar voor de uitleg van de Code Civil werd niettemin veel waarde gehecht aan het Romeinse recht. Het Romeinse recht was immers een belangrijke bron van inspiratie voor de makers van de Code Civil.

Voor de inwerkingtreding van de Code Civil (1804) waren er reeds Franse auteurs die een onderverdeling maakten in verschillende vormen van hoofdelijkheid.¹² Pothier, bron van inspiratie voor de makers van de Code Civil, maakte het onderscheid evenwel niet.¹³ De Code Civil kent dan ook geen onderverdeling van hoofdelijkheid in correaliteit en solidariteit. Maar na invoering van de Code keerde een vergelijkbaar onderscheid terug in doctrine en rechtspraak. Hiervoor zijn in elk geval twee oorzaken aan te wijzen.

In de eerste plaats drukte Pothier zich in zijn geschriften onduidelijk uit over het karakter van de – later in de Code neergelegde – hoofdelijkheid; hij meende weliswaar dat er evenzoveel verbintenissen bestonden als er hoofdelijke debiteuren

9 Zie nt. 2.

10 Motive, p. 155, J. Binder, *Die Korrealobligationen im römischen und im heutigen Recht*, Leipzig 1899, p. 569, G. Frotz, JZ 1964, p. 667 en G. Dilcher, JZ 1967, p. 110. Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-12. Zie over de totstandkomingsgeschiedenis van het hoofdelijk schuldenaarschap in het BGB Goost (1961), p. 14 e.v., Raisch (1965), p. 703-704, Lumm (1968), p. 11 e.v., Goette (1974), p. 68-77, Selb (1984), p. 29-31, Münchbach (1976), p. 16 e.v., en uitgebreid de rechtshistorische studie van H. Winter, *Teilschuld, Gesamtschuld und unechte Gesamtschuld*, Frankfurt am Main 1985.

11 Zij het dat later een vergelijkbare discussie over 'echte' en 'unechte Gesamtschuld' ontstond. Zie daarover bijv. Goost (1961), p. 2-3, Alt.komm. Vor §§ 420 ff rdnr. 4, Münchbach (1976), p. 31; vgl. ook Hillenkamp (1966), p. 110 e.v., m.n. p. 112, Jürgens (1988), p. 42-43 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 21 e.v.

12 Dumoulin en Marcadé, aangehaald door G.E. (pseud. W. Gelder), *De Werken van Pothier door aanteekeningen in verband beschouwd met het Nederlandsche Burgerlijk Wetboek, op het voetspoor van Bugnet*, deel 'verhandeling over de verbindtenissen', eerste stuk, Zaltbommel 1865, p. 271; zie voorts Cohen (1891), p. 21 e.v. en Opzoomer V (1879), p. 212.

13 Dat blijkt bijv. uit zijn *Traité des Obligations*, nr. 268, waarbij hij de 'obligation solidaire' toepast op mededaders. Zie Binder, a.w. (nt. 10), p. 517, Nap, t.a.p. (nt. 7), p. 288, Hofmann (1932), p. 117.

waren, maar sprak tegelijkertijd over één verbintenis.¹⁴ *L'histoire se repète*, zou men kunnen zeggen, want zoals de tegenstrijdigheden in de Romeinse teksten werden verklaard met behulp van introductie van twee soorten hoofdelijkheid, zo verging het ook de teksten van Pothier en de Code Civil.

De onduidelijkheden in Pothier's geschriften gaven bijvoorbeeld aanleiding tot de vraag of Pothier aanhanger van de uniteitsleer was, en daarmee of in de Code Civil de uniteitsleer geïncorporeerd was.¹⁵ Alhoewel eenstemmigheid hierover ontbreekt,¹⁶ kan in elk geval worden gesproken van een 'correaal karakter' van de in de Code neergelegde hoofdelijkheid. Dit 'correale karakter' vindt zijn uiting in die wetsbepalingen in de Code welke rechtsfeiten zoals verzuim werking geven *erga omnes*, dat wil zeggen tegenover alle hoofdelijke debiteuren.¹⁷ Weliswaar kent de Code ook bepalingen waarin de zelfstandigheid en daarmee de pluraliteit van de verbintenissen wordt benadrukt,¹⁸ maar het algemene beeld dat de Code van hoofdelijke debiteuren schetst, is er een van vergaande lotsverbondenheid. In Frankrijk zijn zogenaamde lastgevings- of vertegenwoordigingstheorieën ontwikkeld ter 'verklaring' van deze lotsverbondenheid.¹⁹ De verscheidenheid aan theorieën is groot; zij komen er kort gezegd op neer dat hoofdelijke debiteuren de bevoegdheid toekomt elkaar te vertegenwoordigen.²⁰ Een van de theorieën verdedigt op grond hiervan dat het gezag van gewijsde tussen de crediteur en een van de debiteuren zich mede uitstrekt over de verhouding tussen de crediteur en de overige debiteuren.²¹ De Franse rechtspraak kwam spoedig tot dezelfde conclusie en breidde het gezag van gewijsde tussen de crediteur en een van de debiteuren

- 14 Pothier, nr. 263; Pothier ontleende zijn definitie aan Renusson, *Traité de la subrogation* (± 1680), die sprak van 'unité d'objet et pluralité de liens'. Zie Loeff (1891), p. 25 en De Nerée tot Babberich (1923), p. 15. Vgl. Vincent (1939), p. 604.
- 15 Binder, a.w. (nt. 10), p. 510, Land, a.w. (nt. 2), p. 94, meent dat Pothier aanhanger was van de uniteitsleer; Asser-Van Goudoever (1913), p. 81 en kennelijk ook Van Weel (1863), p. 137 menen dat Pothier de pluraliteitsleer aanhing; Asser-Hartkamp I (1996), nr. 93, terug te voeren op Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 86, meent dat Pothier dit in het midden liet. Vgl. ook Scholten, WPNR 2470-2473 (1917), p. 211.
- 16 Marty-Raynaud-Jestaz (1989), nr. 112, Carbonnier (1996), nr. 346, nemen het standpunt in dat sprake is van pluraliteit van verbintenissen. Vgl. Vincent (1939), p. 604. L. Cornelis, *Le recours entre codébiteurs solidaires et entre codébiteurs in solidum: adieux à l'article 1251.3° du Code Civil*, in: X. Dieux e.a., *La Subrogation, Conférence du jeune Barreau de Mons (Journée d'étude)*, Mons 1992, (nr. 4), p. 5, verdedigt voor Belgisch recht de uniteitsleer.
- 17 Art. 1206 C.C. (art. 2020 BW), art. 1207 C.C. (art. 1322 BW), art. 1211 C.C. (art. 1326 BW), art. 1285 C.C. (art. 1476 BW), art. 1365 C.C. (art. 1976 BW).
- 18 Art. 1203 C.C. (art. 1319 BW), 1204 C.C. (art. 1320 BW). Vgl. ook de bepalingen die een middenweg tussen uniteit en pluraliteit kiezen: art. 1205 C.C. (art. 1321 BW), art. 1208 C.C. (art. 1323 BW), art. 1209 C.C. (art. 1324 BW), art. 1210 C.C. (art. 1325 BW), art. 1301 C.C. (art. 1473 BW).
- 19 Friedmann en Cohen (1991b), § 11-7. Kritisch daarover Van Weel (1863), p. 146 e.v., Loeff (1891), p. 128-129, Suijling (1936), p. 117, Völlmar (1952), p. 126-127, Asser-Rutten (1981), p. 93-95.
- 20 Zie voor Nederland bijv. Land, a.w. (nt. 2), p. 87.
- 21 Zie over e.e.a. bijv. De Nerée tot Babberich (1923), p. 4.

in beginsel uit tot de rechtsverhouding tussen de crediteur en de andere debiteuren.²² Een belangrijke variant van de vertegenwoordigingstheorie gaat er vanuit dat in het algemeen handelingen waarbij de hoofdelijke verbintenis wordt 'bewaard', bijvoorbeeld stuiting van de verjaring (art. 1206 C.C.), werking *erga omnes* hebben, terwijl handelingen die de omvang van de aansprakelijkheid van de debiteuren zouden doen toenemen, die werking niet zouden hebben.²³ Deze theorie staat echter op gespannen voet met art. 1207 C.C., dat verzuim ten nadele van alle debiteuren laat werken.²⁴

In de tweede plaats kon de opdeling in twee soorten hoofdelijkheid weer terrein winnen door het overheersend 'correale karakter' van de in de Code geregelde hoofdelijkheid. Omdat de Code tamelijk gedecideerd vermeldde dat hoofdelijkheid slechts kon bestaan indien deze uitdrukkelijk was gestipuleerd of wettelijk vastgesteld,²⁵ werd alras aangenomen dat de gevallen van 'solidaire' samenlopende verbintenissen die niet door wet of overeenkomst als 'correaal' hoofdelijk waren bestempeld, niet door de bepalingen van de Code werden beheerst, maar door een ander – buitenwettelijk – 'hoofdelijkheids' regime. Dit regime werd volgens doctrine en rechtspraak gekenmerkt door een mindere mate van lotsverbondenheid. Het aldus gemaakte onderscheid tussen deze vormen van 'correaliteit' en 'solidariteit' leeft tot op de dag van vandaag in Frankrijk voort onder de namen *obligation solidaire* (de hoofdelijkheid van art. 1200 e.v. C.C.) en de jurisprudentiële *obligation in solidum*.²⁶

Het Nederlandse recht heeft onder het BW van 1838 een met het Franse recht vergelijkbare ontwikkeling doorgemaakt. In ons land zijn twee zaken onderwerp van discussie geweest: in de eerste plaats of de hoofdelijkheid van art. 1316 BW de uniteitsleer incorporeerde en in de tweede plaats of er naast de wettelijk geregelde hoofdelijkheid een andere vorm van 'hoofdelijkheid' bestond. Voor een

22 Marty-Raynaud-Jestaz (1989), nr. 122, Terré-Simler-Lequette (1996), nr. 1159, Malaurie-Aynès (1996), nr. 1159. Recentelijk nog in tegengestelde zin voor toevallig samenlopende verbintenissen naar Nederlands oud BW: HR 2-5-1997, NJ 1997, 663 nt. Ma (Kip en Sloetjes/Boerenleenbank Winterswijk).

23 Ontwikkeld door Dumoulin; zie Pothier, nr. 273, Cohen (1891), p. 33 e.v., De Nerée tot Babberich (1923), p. 13, Marty-Raynaud-Jestaz (1989), nr. 119, Terré-Simler-Lequette (1996), nr. 1159, Malaurie-Aynès (1996), nr. 1156, Asser-Rutten (1981), p. 97, Hofmann (1932), p. 123-124, Van Brakel (1948), p. 321-322.

24 Zo ook Cohen (1891), p. 34, Asser-Rutten (1981), p. 94.

25 Art. 1202 C.C. Zie P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Parijs 1836, Bd. 13, p. 250-251.

26 Zie over e.e.a. o.m. Vincent (1939), p. 664 e.v., Malaurie-Aynès (1996), nrs. 1165 e.v., Mazeaud-Mazeaud-Tunc, *Responsabilité civile*, deel II, 6e druk Parijs 1970, nr. 1938 e.v., Carbonnier (1996), nr. 347, Terré-Simler-Lequette (1996), nr. 1164 e.v. Voor België: J.L. Fagnart, RCJB 1975, p. 234-249, Vanquickenborne (1975), p. 13 e.v., L. Cornelis, RCJB 1986, p. 686-690 en De Weerdt, ETL 1990, p. 834.

goed begrip van hetgeen heden ten dage onder de noemer van hoofdelijkheid door het leven gaat, is het nodig op deze twee vraagpunten in te gaan.

2.3 Uniteit of pluraliteit?

Als in Frankrijk bestond in Nederland onenigheid over de vraag of hoofdelijkheid betrof één enkele verbintenis danwel evenzovele verbintenissen als er debiteuren waren. In de negentiende eeuw waren er schrijvers die meenden dat de hoofdelijkheid van art. 1316 BW één enkele verbintenis met meerdere debiteuren betrof.²⁷ In onze eeuw hebben de meeste schrijvers zich gekeerd tegen deze opvatting.²⁸ De twist over uniteit of pluraliteit vond uiteraard zijn aanleiding in de tweeslachtigheid van de regeling van de hoofdelijkheid in het oude BW. Die tweeslachtigheid werd door Van Goudoever aldus getypeerd:

‘Het is alsof de wet nu eens de verbintenis beschouwt als een band, waarmede sommige personen op zoodanige wijze aan één ander persoon verbonden zijn, dat het doorsnijden van één dier verbindingen, op welk punt ook, het geheele samenstel doet uiteen vallen; dan weder is het alsof de aanhechting in dier voege plaats heeft, dat het wegvallen van één dier verbindingen wel niet geheel zonder invloed is op de overige, maar dat toch de band tusschen de overblijvende partijen, ofschoon eenigszins geschonden, is blijven bestaan.’²⁹

De hoofdelijkheid van het oud BW hinkt met andere woorden op twee (en mogelijk zelfs meer) gedachten.³⁰ Dat op zich zou mijns inziens reeds voldoende grond zijn om aan te nemen dat nooit sprake kan zijn van werkelijke uniteit. Hoe dat ook zij, de uniteitsleer werd niet de heersende. Hooguit werd gemeend dat hoofdelijkheid ‘unitaire trekjes’ had.³¹

27 Diephuis X (1886), p. 147-148, Van Weel (1863), p. 137-139, J. Limburg, W. 6138, p. 4; zie ook nog Veegens-Oppenheim-Polak, *Schets van het Nederlandsch burgerlijk recht*, deel III, verbintenissen, bewijs en verjaring, 4e druk Haarlem 1934, p. 60, H. Drion, VA 1961, p. 38 en recentelijk J. Kortmann, AAe 1996, p. 7.

28 Zie voordien reeds J.B.W. van Hugenpoth tot den Beerenclauw, *De gevolgen van borgtocht tusschen den schuldeischer en den borg*, diss. Leiden 1890, p. 40 en Loeff (1891), p. 70-71.

29 Asser-Van Goudoever (1913), p. 72. Zie ook Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 86.

30 Vgl. Hofmann-Van Opstall (1959), p. 212: ‘Het is moeilijk in het geheel der bepalingen omtrent hoofdelijke verbintenissen een systeem te ontdekken. Zij zijn kennelijk meer uiting van strijdende dan van leidende gedachten’.

31 Zie bijv. Asser-Rutten (1981), p. 86-87, die in navolging van Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 86 meent dat in zekere zin zowel pluraliteit als uniteit aan de orde is. Zo ook Völlmar (1952), p. 117 en Schoordijk, WPNR 5707 (1984), p. 485. Vgl. in dezelfde zin Kerr Wylie (1923), p. 73-74.

Opvallend is evenwel dat de Hoge Raad zich in 1901 nog uitsprak *voor* de uniteitsleer. In een rechtszaak over aansprakelijkheid van meerdere personen ex art. 1401, oordeelde hij namelijk:

‘dat art. 1318 BW in dit geval niet toepasselijk is, omdat hier geene hoofdelijke verbintenis in den zin van art. 1316 aangenomen kan worden; dat toch, wanneer onderscheidene op zichzelf staande onrechtmatige daden aanleiding geven tot eene verplichting om de uit die daden ontstane schade te vergoeden, *er niet bestaat eene enkele verbintenis met meerdere schuldenaren, maar zoveele verbintenissen als er zelfstandig aansprakelijke personen zijn*, die met elkander door geen rechtsband verbonden worden, zij het ook dat het voorwerp van ieders verbintenis hetzelfde is.’ (curs. WvB)³²

Hieruit moet mijns inziens worden afgeleid dat de Hoge Raad rond de eeuwwisseling meende dat hoofdelijkheid één enkele verbintenis betrof met meerdere subjecten aan de passieve zijde. Het arrest werd door de doctrine op dit punt vrijwel geheel genegeerd. Kort nadien schreef de een (zonder enige vermelding van het arrest) dat ‘de leer van de eenheid der verbintenis (..) haar gezag goeddeels (heeft) verloren’,³³ terwijl andere auteurs het arrest min of meer doodzwegen³⁴. Slechts een enkeling ging uitdrukkelijk met de Hoge Raad in discussie.³⁵ De perceptie van de discussie zélf verschilde overigens ook aanzienlijk: de ene auteur schetste het beeld dat ‘de schrijvers’ de uniteitsleer aanhingen, terwijl de andere meende dat de schrijvers verdeeld waren.³⁶ In werkelijkheid werd de uniteitsleer alleen in de negentiende eeuw actief aangehangen. De Hoge Raad heeft zich na het arrest van 1901 nooit meer uitgelaten over de uniteitsleer.³⁷

Het lijkt er op dat Meijers de uniteitsleer verwierp. Dat hangt samen met de omstandigheid dat Meijers meende dat hoofdelijke verbintenissen *de iure constituendo* een meer onafhankelijk karakter toekwam dan onder het BW van 1838 het geval was.³⁸ Bij de door hem voorgestane onafhankelijkheid van de

32 HR 3-5-1901, W. 7601 (Jansen van Oist/Ariese).

33 Asser-Van Goudoever (1913), p. 81.

34 Volledige weglating door Suijling (1936), p. 99, p. 111, verbanning naar een voetnoot (‘vgl. ook’) door Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 86, nt. 1.

35 Nap, t.a.p. (nt. 7), p. 285-288, Segers, t.a.p. (nt. 2), p. 401.

36 E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1948, p. 158 resp. Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 86. Vgl. Meijers, WPNR 2667 (1921), p. 64.

37 Tegen de uniteitsleer pleiten m.i. HR 18-12-1959, NJ 1960, 121 nt. HB (De Gouw/De Hamer), HR 26-4-1968, NJ 1969, 19 nt. HD (Rietbroek/Alkemade), HR 9-5-1969, NJ 1969, 307 nt. HD (Rotterdam-Limburg Beurtvaart c.s./La Neuchâteloise).

38 Meijers, WPNR 2667 (1921), p. 64; T.M. bij Afd. 6.1.2, Parl. Gesch. Boek 6, p. 91-93. Zie ook Meijers’ worsteling met de uniteitsleer in zijn noot onder HR 25-6-1937, NJ 1937, 1095 (Van Iddekinge en Buwalda q.q./koopman Triezenberg). In deze noot spreekt hij zich niet uit tegen de uniteitsleer.

verbintenissen – waarover nader in paragraaf 2.4 – kon geen sprake zijn van lotsverbondenheid, laat staan van uniteit.

Toch sprak Meijers zich niet duidelijk uit tegen de uniteitsleer. In de Toelichting Meijers bij afdeling 6.1.2 geschiedt zulks evenmin: zij vermeldt letterlijk dat het Ontwerp geen uitdrukkelijk antwoord geeft op de vraag of bij hoofdelijkheid één verbintenis bestaat met meer dan een debiteur danwel evenzovele verbintenissen als debiteuren. Uit het vervolg blijkt echter dat weliswaar sprake is van eenheid van object van de verbintenis, maar ook van evenzovele verbintenissen als er debiteuren zijn:

‘De crediteur heeft tegen ieder der schuldenaren een in vele opzichten zelfstandig vorderingsrecht, maar deze vorderingsrechten vormen tezamen slechts één post in het vermogen van de schuldeiser.’³⁹

Het is ongelukkig dat de Toelichting Meijers twijfel laat bestaan over de kwestie van uniteit. Uit het gegeven voorbeeld dat de crediteur over elk van de vorderingsrechten jegens de hoofdelijke debiteuren afzonderlijk kan beschikken, blijkt evenwel dat geen sprake is van één enkele vordering. De uniteit van het object van de verbintenissen leidt niet tot uniteit van verbintenis. Dit beeld wordt bevestigd door de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer:

‘Zoals in de toelichting wordt uiteengezet is het uitgangspunt van de onderhavige regeling immers dat hoofdelijke verbondenheid aan de vorderingsrechten van de schuldeiser jegens ieder van de schuldenaren niet het zelfstandige karakter ontnemt.’⁴⁰

Was de Toelichting Meijers niet geheel duidelijk, de uiteindelijke wettekst is dat nog steeds niet. De artikelen 6:6 en 10 BW spreken immers van ‘een zelfde schuld’ en ‘bijdragen in de schuld’. Deze zinssneden zouden kunnen doen vermoeden dat de uniteitsleer in het nieuwe BW is geïncorporeerd.⁴¹ De Kok heeft deze vraag opgeworpen om haar, met recht, ontkennend te beantwoorden.⁴² Wel meent De Kok dat het begrip ‘dezelfde schuld’ als fictie nuttig kan zijn ‘zolang hij de samenhang tussen een aantal verschijnselen zichtbaar maakt en hij hulp biedt bij

39 Parl. Gesch. Boek 6, p. 95.

40 Parl. Gesch. Boek 6, p. 106.

41 Zie ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 99: ‘(..) indien de aansprakelijkheid van schuldenaren er een is ten aanzien van éénzelfde schuld, is er geen reden waarom deze afdeling (afd. 6.1.2, WvB) niet rechtstreeks van toepassing zou zijn’. Onduidelijk is ook Asser-Hartkamp I (1996), nr. 92: ‘Hoofdelijkheid is een wijze van voorkomen van de verbintenis met een veelheid van subjecten’.

42 H.G.F.M. de Kok, Kw.ber. NBW 1990, p. 37 e.v., m.n. p. 39. Zie ook Schoordijk (1979), p. 78, dezelfde, WPNR 5707 (1984), p. 485, die de vraag wel lijkt op te werpen, maar niet tot beantwoording overgaat. Vgl. Asser-Hartkamp I (1996), nr. 93.

het aannemen en verklaren van nieuwe gevolgtrekkingen'.⁴³ Mijns inziens is verkieslijker om het gebruik van een dergelijk begrip dat in het verleden voor zoveel verwarring en onduidelijkheid heeft gezorgd, achterwege te laten.

Om verwarring te voorkomen, had de zinsnede 'ten aanzien van een zelfde schuld' in art. 6:6 lid 2 beter vervangen kunnen zijn door 'ten aanzien van een zelfde prestatie'.⁴⁴ Het woord 'schuld' in art. 6:10 zou beter vervangen kunnen zijn door 'prestatie'. Het betreft immers, zo meen ik, meerdere verbintenissen met hetzelfde object. Het Duitse § 421 BGB is wat dit betreft beter geformuleerd:

Schulden mehrere eine Leistung in der Weise, daß jeder die ganze Leistung zu bewirken verpflichtet, der Gläubiger aber die Leistung nur einmal zu fördern berechtigt ist (Gesamtschuldner), so kann der Gläubiger die Leistung nach seinem Belieben von jedem der Schuldner ganz oder zu einem Teil fordern.
(...)

Het Duitse BGB knoopt aan bij de verschuldigde 'Leistung' en voorkomt aldus de verwarring die de letter van ons wetboek nog kan doen ontstaan. In Duitsland is er overigens geen twijfel over dat hoofdelijkheid tot evenzovele verbintenissen aanleiding geeft als er debiteuren zijn.⁴⁵

Over de vraag wanneer sprake is van een zelfde prestatie, oftewel hetzelfde object, en over de vraag of die vlag de gehele hoofdelijkheidsloading dekt, zie men nader paragraaf 2.5.

2.4 Hoofdelijkheid en toevallig samenlopende verbintenissen

Belangrijker dan de discussie over de uniteitsleer was in Nederland de vraag of elke samenloop van verbintenissen hoofdelijkheid opleverde. Tot 1901 heeft het idee dat er naast de in de wet bedoelde vorm van hoofdelijkheid een andere 'hoofdelijkheid' zou kunnen bestaan, vrijwel geen aandacht gekregen.⁴⁶ Na het arrest *Jansen van Oist/Ariese*⁴⁷, waaruit hiervoor reeds werd geciteerd, maakte – als in Frankrijk en België⁴⁸ – ook in Nederland de idee zich meester van de doctrine dat naast de gesloten rangen van de wettelijk geregelde 'correale' hoofdelijkheid er een ander soort 'hoofdelijkheid' van meer 'solidaire' aard bestond.

43 De Kok, t.a.p.

44 Vgl. reeds Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 86.

45 Zie Leonhard (1929), p. 725-726, L. Enneccerus, H. Lehmann, *Recht der Schuldverhältnisse*, 14e druk 1954, p. 349, Lumm (1968), p. 21. In de Motive werd dit overigens nog uitdrukkelijk in het midden gelaten; zie Motive, p. 156.

46 Zie ook daarna nog bijv. Asser-Limburg (1905), p. 57 nt. 2.

47 HR 3-5-1901, W. 7601 (Jansen van Oist/Ariese).

48 Zie de vergelijking tussen Frans, Belgisch en Nederlands recht bij A-G Dumon voor Hof van Cassatie 15-2-1974, RW 1973-1974, kol. 1715 e.v.

Ik zet de begrippen 'correaal' en 'solidair' met opzet tussen aanhalingstekens, aangezien het onjuist zou zijn in de discussie die zich na 1901 ontpopte, een voortzetting te zien van de onder het gemene Romeinse recht gevoerde discussie over het onderscheid tussen solidariteit en correaliteit. Het betreft een andere discussie, zij het een die raakvlakken heeft met die welke voor het gemene recht in de negentiende eeuw werd gevoerd.⁴⁹

Artikel 1318 BW bepaalde dat hoofdelijkheid niet aanwezig verondersteld mocht worden, maar integendeel uitdrukkelijk moest zijn gestipuleerd of op een wetsbepaling kon berusten. Het artikel stelde de doctrine voor de vraag hoe de samenloop van verbintenissen die niet uitdrukkelijk tot hoofdelijke waren bestempeld, moest worden afgewikkeld. Deze vraag deed zich met name in het delictuele aansprakelijkheidsrecht gevoelen. Na afschaffing in 1884 van het tot dan toe nog altijd hier te lande geldende art. 55 Code Pénal,⁵⁰ bestond er niet langer een wetsbepaling die met zoveel woorden hoofdelijkheid in het leven riep ten aanzien van opzettelijk samenwerkende mededaders. De hoofdelijkheid van 'toevallige' mededaders, dat wil zeggen de personen wier onafhankelijk gepleegde onrechtmatige daden samenkomen in een en dezelfde schadegebeurtenis, was nimmer in het BW neergelegd.⁵¹

In het arrest *Jansen van Oist/Ariese* uit 1901 wees de Hoge Raad de toepasse-lijkheid van de artikelen 1316 en volgende af voor buitencontractueel mededader-schap, met als weinig redengevende motivering dat toch sprake was van evenzoveel verbintenissen als er zelfstandig aansprakelijke personen waren, die niet met elkaar waren verbonden door enige rechtsband.⁵² Het heeft er veel van weg dat de Hoge Raad de uniteitsleer als kenmerk van hoofdelijkheid naar voren schoof om deze vervolgens af te zetten tegen de figuur die later door Van Goudoever 'toevallig samenlopende verbintenissen' werd gedoopt.⁵³

De uitspraak van de Hoge Raad bleek in elk geval het startsein voor menig schrijver om kritiek te spuien over de wettelijke regeling van hoofdelijkheid. Velen

49 Zo ook Asser-Van Goudoever (1913), p. 77 en Van Brakel (1948), p. 318 nt. 1.

50 Art. 55 C.P. bepaalde (in de Nederlandse versie): 'Allen die wegens eene en dezelfde misdaad of wegens een en hetzelfde wanbedrijf veroordeeld worden, zullen ieder in persoon en voor het geheel (in solidum), voor de boeten, teruggaven, schaden en interessen en kosten, gehouden zijn'. Het artikel zag op die personen die veroordeeld werden terzake van hetzelfde misdrijf (mede-plichtigheid inclus); zie M. Schooneveld, N.J. van IJsselsteijn, *Het wetboek van strafregt*, 3e druk Amsterdam 1866, p. 40, Van Weel (1863), p. 510-511. In Frankrijk bestaat deze hoofdelijkheid nog steeds; zie art. 375-2 en 480-1 Code de Procédure Pénale, waarover Carbonnier (1996), nr. 345.

51 Nap, t.a.p. (nt. 7), p. 276, Asser-Van Goudoever (1913), p. 75, Knap (1925), p. 14. Vgl. H.J. Kist, *Over de verbindtenissen, die uit onregmatige daad ontstaan, volgens art. 1401 en 1402 BW*, diss. Leiden 1861, p. 70.

52 HR 3-5-1901, W. 7601 (Jansen van Oist/Ariese); kritisch over dit arrest Nap, t.a.p. (nt. 7), p. 287.

53 Asser-Van Goudoever (1913), p. 76. Zie ook Veegens-Oppenheim-Polak, a.w. (nt. 27), p. 149.

waren ongelukkig met het overwegend 'correale' karakter van hoofdelijkheid.⁵⁴ De wetgever had er in hun ogen beter aan gedaan het zelfstandige karakter van de verbintenissen centraal te stellen door rechtsfeiten als verzuim slechts werking toe te kennen in de betreffende verbintenis, zonder doorwerking in de overige verbintenissen. Uit onvrede over de wettelijke regeling van de hoofdelijkheid kwam al snel de gedachte voort dat deze restrictief diende te worden toegepast en uitgelegd.⁵⁵ De werking van hoofdelijkheid werd met name afgewezen voor de samenloop van verbintenissen, waarvan de debiteuren geen onderlinge rechtsband onderhielden alvorens de samenloop zich voordeed. Het ging daarbij niet alleen om de toevallige samenloop van de verbintenissen van meerdere aansprakelijken uit onrechtmatige daad, maar ook die van bijvoorbeeld de onzorgvuldige bewaarnemer enerzijds en de dief van de in bewaring gegeven zaak anderzijds, of de plicht van de schadeverzekeraar om tot uitkering over te gaan enerzijds en de schadevergoedingsplicht van de laedens anderzijds.⁵⁶

De meeste schrijvers onderschreven daarom het oordeel van de Hoge Raad dat bij mededaderschap geen sprake was van hoofdelijkheid.⁵⁷ De vraag was vervolgens welke rechtsfiguur zich bij mededaderschap dan wel voordeed. De meeste auteurs meenden dat mededaders *elk voor het geheel*, maar niet hoofdelijk, tot schadevergoeding waren gehouden en dat daarom geen opdeling in deelschulden mocht plaatshebben. Zou de benadeelde namelijk evenzovele deelvorderingen als debiteuren hebben, dan zou een laedens er belang bij hebben mede-aansprakelijken te kunnen aanwijzen. Het bestaan van meerdere aansprakelijken zou de benadeelde in een nadeliger positie brengen dan wanneer sprake was van slechts één aansprakelijke. Dit sprak geen van de schrijvers aan. Voorts was een belangrijke

54 Land, a.w. (nt. 2), p. 91, Meijers, WPNR 2667 (1921), p. 64, Suijling (1936), p. 99, p. 111, Hofmann (1932), p. 120-121, Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 92, De Kok (1965), p. 54-56.

55 Zo reeds, zij het met een beroep op de inconsistenties in de wettelijke regeling, Asser-Limburg (1905), p. 66.

56 Hofmann (1932), p. 117, p. 121; Hofmann-Van Opstall (1976), p. 449-450; De Kok (1965), p. 87 e.v.

57 Van Weel (1863), p. 518, Simons, Themis 1902, p. 91, Meijers, WPNR 2667 (1921), p. 64, Scholten, nt. onder HR 30-10-1925, NJ 1926, 157 (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker), Suijling (1936), p. 138, Knap (1925), p. 30-31, P.J.A. Clavareau, NJB 1938, p. 394, De Kok (1965), p. 54-55, Pitlo-Bolweg (1979), p. 337. Vgl. ook Schoordijk (1979), p. 78, Van Buchem-Spapens (1982), p. 9, Parl. Gesch. Boek 6, p. 355. De lagere rechtspraak volgde vrij algemeen het arrest van de HR; zie de opsomming bij De Jong, nt. onder HR 18-6-1920, W. 10630 (Het Genootschap van Nederlandsche Componisten/Metzlar). Vóór hoofdelijkheid van mededaders, met een aansprekend beroep op analoge toepassing van art. 619 BW (oud): Segers, t.a.p. (nt. 2), p. 394 e.v. Vgl. in dat verband ook art. 1416d BW (oud), ingevoerd in 1928, houdende hoofdelijkheid van meerdere personen aansprakelijk voor een misleidende prospectus, alsmede het zgn. Ontwerp Regout 1911 inzake onrechtmatige daad, art. 1402 (afgedrukt in WPNR 2149 (1911)). Van Brakel (1948), p. 318 meent dat wel sprake is van hoofdelijkheid ingeval van opzettelijk samenwerkende mededaders, aangezien in dat geval sprake zou zijn van één gemeenschappelijke oorsprong voor ieders aansprakelijkheid. Vgl. daarover ook Vanquickenborne (1975), p. 14.

overweging dat ingeval van deelschulden de bewijslast ten aanzien van de veroorzakingsaandelen alsmede het risico van insolventie van een van de aansprakelijken zou rusten bij de benadeelde; vrij algemeen werd gemeend dat het rechtvaardiger was dat de mededaders voor elkaars gegoedheid zouden instaan. De gedachte dat bij mededaderschap sprake was van deelschulden, werd om deze redenen verworpen.⁵⁸ De derde rechtsfiguur die werd verkozen boven hoofdelijkheid en deelschuld, was die van de toevallig samenlopende verbintenissen.

Latere rechtspraak van de Hoge Raad ging verder op de in 1901 ingeslagen weg van de toevallig samenlopende verbintenissen.⁵⁹ De Raad aanvaardde deze figuur niet alleen voor opzettelijk samenwerkende mededaders, maar ook voor de aansprakelijkheid voor toevallig samenwerkende schadeoorzaken. Volledige duidelijkheid over de inhoud, strekking en reikwijdte van deze rechtsfiguur is evenwel nooit ontstaan.⁶⁰ Uit de weinige rechtspraak werd wel duidelijk dat het verrichten van de verschuldigde prestatie door de ene debiteur de vorderingen van de crediteur jegens de andere debiteuren teniet deed gaan,⁶¹ dat de debiteuren onderling regresrechten hadden,⁶² dat een dading overeengekomen tussen de crediteur en een van de debiteuren geen invloed had op de omvang van de aansprakelijkheid of de regresrechten van de anderen,⁶³ en dat een gewijsde tussen de crediteur en een van de debiteuren geen gezag toekwam in de verhouding tussen

58 Loeff (1891), p. 94; Land, a.w. (nt. 2), p. 97; D. Simons, Themis 1902, p. 91; Segers, t.a.p. (nt. 2), p. 407-408; Hofmann (1932), p. 121; H.M. Voetelink, *Samenwerkende oorzaken in de schadeverzekering*, diss. UvA 1952, p. 76-77; Hofmann-Van Opstall (1976), p. 450; Vanquickenborne (1975), p. 12; R. Kruithof, De aard van de buitencontractuele verbintenis tot herstel van de geleden schade bij pluraliteit van aansprakelijken, in: G. Baert e.a. (red.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel 1986, p. 634; Parl. Gesch. Boek 6, p. 354. Voor deelschulden: Rb. Appingedam 20-3-1862, W. 2519 (Fongers en Venhuizen/Burgemeester van Uilhuizen), Kist, a.w., p. 70, J. Limburg, W. 6138, p. 4 nt. 19, Cohen (1891), p. 27-28 en Wolfsbergen, WPNR 3004 (1927), p. 512-513. Vgl. A.J. Van, *Onzekerheid over daderschap en causaliteit*, diss. Rotterdam 1995, p. 63-64.

59 HR 18-6-1920, W. 10630, WPNR 2667 (1921) nt. EMM (Het Genootschap van Nederlandsche Componisten/Metzlar), HR 17-12-1954, NJ 1955, 68 nt. LEHR (gelddieven), HR 4-11-1955, NJ 1956, 1 nt. LEHR (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen), vervolg op Rb. Assen 18-1-1955, NJ 1955, 485 (Huygen/The London & Lancashire Insurance Company). Vgl. ook HR 21-12-1923, NJ 1924, 121 (Deen/Perlak Petroleum Maatschappij), HR 6-3-1924, W. 11192 (Hoek/Stoomsleepdienst Voorwaarts), HR 20-6-1924, NJ 1924, 1107 (Truffino/De Kanter en Westerouen van Meeteren q.q.) en HR 16-11-1939, NJ 1940, 76 (Kardorff/Van Haarlem II). Vgl. voor België Cour de Cassation 2-4-1936, Pas. 1936, I, 209, waarover M. Vanquickenborne, RW 1977-1978, kol. 2624.

60 Zo ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 92.

61 HR 8-2-1935, NJ 1935, 425 nt. EMM (Geefshuyzen/Van der Meer); zie Bloembergen (1965), nr. 100.

62 HR 30-10-1925, NJ 1926, 157 nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker); HR 4-11-1955, NJ 1956, 1 nt. LEHR (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen); HR 13-12-1991, NJ 1992, 316 nt. MMM (Korstanje II). Vgl. ook HR 10-10-1975, NJ 1976, 175 nt. ARB (Van der Kleij/-Interpolis).

63 HR 17-12-1954, NJ 1955, 68 nt. LEHR (gelddieven).

de crediteur en de andere debiteuren.⁶⁴ De werking van verjaring, vermenging, verzuim, en verrekening is in rechtspraak onbeslist gebleven,⁶⁵ maar het laat zich raden dat wegens de onafhankelijkheid van de samenlopende verbintenissen de meeste van deze rechtsfeiten slechts werking toekwam in de betreffende rechtsverhouding. Analoge toepassing van de regels van hoofdelijkheid werd door de doctrine alleen aanvaardbaar geacht indien zulks onder de betreffende omstandigheden redelijk en wenselijk was.⁶⁶

Hoewel de Hoge Raad zich slechts heeft uitgelaten over de toevallige samenloop van verbintenissen uit art. 1401 BW, werd in de literatuur verdedigd dat soortgelijke regels golden voor de toevallige samenloop van verbintenissen uit zaakwaarneming, schadeverzekering en wanprestatie.⁶⁷ In de volgende paragraaf zal de vraag aan de orde komen in hoeverre dergelijke samenloop van verbintenissen naar huidig recht tot het domein van de hoofdelijkheid behoort.

Afsluitend kan worden gezegd dat de figuur van de toevallig samenlopende verbintenissen een door rechtspraak en doctrine ontwikkelde buitenwettelijke figuur is die de wenselijk geachte onafhankelijkheid van de verbintenissen beter bewerkstelligde dan hoofdelijkheid. Wat zij met hoofdelijkheid gemeen had was de identiteit van prestatie: voldeed de een, dan waren de anderen bevrijd. Voor het overige werd de zelfstandigheid van de verbintenissen benadrukt.⁶⁸ Zo betekende het verzuim van een debiteur – anders dan bij hoofdelijkheid – niet het verzuim van alle debiteuren. Het bedenksel van de toevallig samenlopende verbintenissen diende het redelijk geachte resultaat,⁶⁹ maar in wezen was het rebellie tegen de wettelijke regeling van de hoofdelijkheid.^{70, 71} Het is zeer waarschijnlijk dat Pothier en de makers van de Code Civil het mededaderschap wel degelijk door de hoofdelijkheid hebben willen laten regeren.⁷²

64 HR 2-5-1997, NJ 1997, 663 nt. Ma (Kip en Sloetjes/Boerenleenbank Winterswijk).

65 Vgl. over e.e.a. voorzichtig Asser-Van Goudoever (1913), p. 94-95. Losecaat Vermeer, Rutten en Hartkamp zwijgen in hun bewerkingen over de genoemde punten.

66 Zie bijv. Hofmann (1932), p. 121, Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 93, Völlmar (1952), p. 119, Bloembergen (1965), nr. 100. Vgl. Schoordijk (1979), p. 78.

67 Zie o.m. Asser-Van Goudoever (1913), p. 76, Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 90-91, Bloembergen (1965), nr. 100, De Kok (1965), p. 91.

68 Vgl. Kruithof, t.a.p. (nt. 58), p. 628.

69 Vgl. Bloembergen (1965), nr. 104, die overweegt dat er eigenlijk geen reëel onderscheid valt aan te wijzen tussen hoofdelijkheid en toevallig samenlopende verbintenissen.

70 Zo ook reeds Cohen (1891), p. 27. In vergelijkbare zin laat Schoordijk (1979), p. 78, zich uit als hij stelt dat de Hoge Raad de regels van hoofdelijkheid wel zou hebben toegepast op mededaders als deze regels tot billijke resultaten zouden hebben geleid.

71 Ter illustratie: Hofmann-Van Opstall (1976), p. 447, wijst hoofdelijkheid af voor de samenloop van verbintenissen uit art. 1403 en 1401 BW (oud), terwijl consequente doorvoering van de op dezelfde pagina gegeven, ruime opvatting voor hoofdelijkheid *ex lege* tot het aannemen van hoofdelijkheid zou moeten leiden.

72 Zie Pothier, nr. 268, waar hij de 'obligation solidaire' toepast op mededaders. Zie voorts Segers, t.a.p. (nt. 2), p. 403.

De onduidelijkheden over de uniteitsleer en de jurisprudentiële vorming van de figuur van de toevallig samenlopende verbintenissen waren aanleiding voor een herbezinning op de figuur van de hoofdelijkheid. De Nieuw BW-wetgever heeft beoogd de rechtsonzekerheid over de afbakening van de toevallige samenloop van verbintenissen ten opzichte van de hoofdelijkheid weg te nemen.⁷³ De totstandkomingsgeschiedenis rept van twee middelen ter bereiking van dit doel: enerzijds door het trekken van scherpere grenzen tussen hoofdelijkheid, ondeelbaarheid en toevallig samenlopende verbintenissen en anderzijds door het zoveel als mogelijk wegnemen van de verschillen in rechtsgevolg tussen deze figuren.⁷⁴ Per saldo heeft de wetgever afscheid genomen van het Franse stelsel van 'correale' hoofdelijkheid en is in 1992 een hoofdelijkheidsfiguur in ons recht geïntroduceerd die naar mijn mening zeer sterke gelijkenis vertoont met de inmiddels honderdjarige Duitse 'Gesamtschuld'. Met de invoering van het BGB is in Duitsland destijds namelijk bewust gekozen voor een hoofdelijkheidsvorm die zowel de toevallig samenlopende schadevergoedingsverbintenissen als de hoofdelijke verbintenissen uit contract in zich verenigde.⁷⁵ De Duitse wetgever bepaalde voorts dat 'persoonlijke rechtsfeiten' in een van de hoofdelijke verbintenissen geen werking hebben in de rechtsverhouding van de crediteur tot de andere debiteuren.⁷⁶ Zo hebben rechtsfeiten als verzuim, toerekening, verjaring en stuiting daarvan alsmede gezag van gewijsde geen werking *erga omnes*. Slechts aan de betaling en de daarmee gelijkgestelde handelingen komt 'Gesamtwirkung' toe.⁷⁷ Aldus is het zelfstandige karakter van elk van de hoofdelijke verbintenissen gewaarborgd.

2.5 De wezenskenmerken van hoofdelijkheid in ons BW

Er bestaan onmiskenbaar grote overeenkomsten tussen de regeling van de hoofdelijkheid in het nieuwe BW en de Duitse 'Gesamtschuld'. De gelijkenis tussen de beide regelingen schuilt onder meer in het grote bereik van de hoofdelijkheid. Onder werking van het oude BW was – naar Frans voorbeeld – een min of meer uitdrukkelijke verwijzing in wet of overeenkomst vereist voor toepasselijkheid van de hoofdelijkheidsregels.⁷⁸ Naar huidig recht behoort – naar, zo lijkt het, Duits

73 Parl. Gesch. Boek 6, p. 91-93. Vgl. ook Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6 (Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering etc.), Deventer 1992, p. 420.

74 Parl. Gesch. Boek 6, p. 92. Zie Van Buchem-Spapens (1982), p. 5.

75 Zie § 840 ('Nebentäter'), § 830 ('Mittäter', 'Alternativtäter') resp. § 421 j° § 427 BGB.

76 Zie § 425 BGB.

77 Zie § 422 en § 424 BGB, welke bepalingen model hebben gestaan voor art. 6:7 BW.

78 De restrictieve toepassing van de hoofdelijkheidsregels werd opgehangen aan art. 1318 BW (oud); zie bijv. HR 30-4-1936, NJ 1936, 970 (Kardorff/Van Haarlem I), vervolgd in HR 16-11-1939, NJ 1940, 76 (Kardorff/Van Haarlem II); zie echter ook voor een voorbeeld van extensieve toepassing HR 6-10-1989, NJ 1990, 184 nt. PAS. Zie over vergelijkbare terughoudendheid in de Franse rechtspraak Terré-Simler-Lequette (1996), nr. 1151-1152.

voorbeeld – een groter toepassingsbereik van hoofdelijkheid tot de mogelijkheden.⁷⁹ Zo zijn toevallig samenlopende verbintenissen die strekken tot vergoeding van dezelfde schade, op grond van art. 6:102 BW hoofdelijk.⁸⁰

Gegeven dit ruime toepassingsbereik van de hoofdelijkheid, rijst de vraag of naar huidig recht elke samenloop van verbintenissen tot hoofdelijkheid leidt of dat daarvoor meer nodig is. De Toelichting Meijers stelt dat de twistvraag of er in bepaalde gevallen sprake is van hoofdelijkheid danwel van toevallige samenloop, onder het nieuwe recht *grotendeels* is beëindigd door art. 6:102 BW. De Toelichting stelt vervolgens:

‘In de overblijvende gevallen van samenloop, die zo ongelijksoortig zijn dat zij niet voor een uniforme regeling vatbaar zijn, moet aan wetenschap en rechtspraak worden overgelaten om te beslissen, in hoeverre de bepalingen van de hoofdelijkheid *naar analogie* toepassing zullen vinden.’ (cursivering WvB)⁸¹

De gecursiveerde woorden ‘naar analogie’ duiden er op dat de bepalingen van afdeling 6.1.2 – althans in de zienswijze van de wetgever – op de niet als hoofdelijk aangeduide vormen van samenloop niet rechtstreeks, maar hoogstens naar analogie kunnen worden toegepast. Voor het nieuwe recht is daarmee voor de ongeregeld gebleven gevallen van samenloop geen rechtstreekse toepasselijkheid van de hoofdelijkheidsregels beoogd. De wetgever lijkt hiermee het uitzonderlijke karakter van hoofdelijkheid, zoals dat onder oud recht werd benadrukt, te willen continueren. Hier bestaat mijns inziens geen reden voor; in de eerste plaats omdat het zelfstandige karakter van de hoofdelijke verbintenissen in het nieuwe BW voorop staat. Personen die zonder enige voorafgaande rechtsverhouding door de toevallige

79 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 96.

80 Art. 6:102 BW lijkt te zijn geïnspireerd door § 840 BGB, zoals dat in de rechtspraak (ruim) werd uitgelegd. Zie daarover Palandt § 840 rdnr. 1, Münch. Komm. § 421 rdnr. 22, RGRK § 421 rdnr. 15 en 19, § 840 rdnr. 6-9, Erman § 840 rdnr. 2, Soergel § 421 rdnr. 6, rdnr. 44, Larenz I, p. 556-557, p. 629, Larenz II-2 p. 583, Mohr (1970), p. 5, Lange (1990), p. 670, Thiele (1968), p. 151. Van de naoorlogse rechtspraak kunnen worden genoemd: BGH 27-3-1969, BGHZ 52, 39 (hoofdelijkheid tussen de pleger van een onrechtmatige daad en een ongerechtvaardigd verrijkte), BGH 24-4-1952, BGHZ 6, 3, BGH 23-11-1955, BGHZ 19, 114, BGH 1-2-1965, BGHZ 43, 227, BGH 10-10-1966, MDR 1967, p. 111 (hoofdelijkheid van meerdere personen wier belang door een ‘Geschäftsführer ohne Auftrag’ werden behartigd), 29-6-1972, BGHZ 59, 97, BGH 26-11-1982, BGHZ 85, 375, BGH 27-5-1987, NJW 1987, p. 2810, BGH 24-4-1990, NJW 1992, p. 41 (hoofdelijkheid ingeval van samenloop van contractuele en buiten-contractuele aansprakelijkheid), BGH 12-6-1992, NJW 1992, p. 2817. Zie voor oudere rechtspraak Selb (1984), p. 37 nt. 59, waaraan toe te voegen zij RG 24-11-1902, RGZ 53, 114. Samenloop van contractuele met buiten-contractuele aansprakelijkheid en die van contractuele aansprakelijkheden onderling wordt beheerst door de algemene regels van § 421 e.v. Zie RG 25-11-1911, RGZ 77, 317; RG 30-4-1914, RGZ 84, 415; BGH 24-4-1952, BGHZ 6, 3. Vgl. OLG Düsseldorf 11-11-1994, NJW 1995, p. 2565. Selb (1984), p. 59 alsmede Münch. Komm. § 421 rdnr. 23 lijken analoge toepassing van § 840 voor te staan.

81 Parl. Gesch. Boek 6, p. 93.

samenloop van hun verbintenissen hoofdelijk verbonden debiteuren worden, staan immers als zelfstandige debiteuren tegenover de crediteur. Hun interne rechtsverhouding kan op grond van het soepele art. 6:10 BW volledig worden afgestemd op de omstandigheden van het betreffende geval. De regels van hoofdelijkheid kunnen daarom zonder bezwaar rechtstreeks toepassing vinden. In de tweede plaats zijn in art. 6:6 lid 2 BW de bronnen van hoofdelijkheid zo ruim geformuleerd, dat het weinig moeite kost om elke samenloop er onder te vatten. Artikel 6:6 lid 2 bepaalt namelijk:

Is de prestatie ondeelbaar of vloeit uit wet, gewoonte of rechtshandeling voort dat de schuldenaren ten aanzien van een zelfde schuld ieder voor het geheel aansprakelijk zijn, dan zijn zij hoofdelijk verbonden.

Indien uit wet, gewoonte of rechtshandeling voortvloeit dat twee of meer personen tot dezelfde prestatie gehouden zijn, ontstaat hoofdelijkheid. Het begrip 'voortvloeiën' roept onmiddellijk artikel 6:1 BW in gedachten:

Verbintenissen kunnen slechts ontstaan, indien dit uit de wet voortvloeit.

Uit de totstandkomingsgeschiedenis van dit artikel blijkt dat het bestaan van een verbintenis niet per se gebaseerd hoeft te worden op een uitdrukkelijke wetsbepaling, maar dat – afgezien van de bij contract of door gewoonte in het leven geroepen hoofdelijkheid – aanknopingspunt bij het stelsel van de wet en bij de wél in de wet geregelde gevallen volstaat.⁸² Een dergelijke ruimhartige benadering past ook bij art. 6:6 lid 2 BW.⁸³ We zullen dadelijk in paragraaf 2.5.1 zien dat uit bewoordingen en strekking van wetsbepalingen veelal voortvloeit dat dezelfde prestatie verschuldigd is en dat om die reden hoofdelijke aansprakelijkheid bestaat.

Is men voorstander van een ruim toepassingsgebied voor de hoofdelijkheidsfiguur, dan rijst uiteraard de vraag hoe men hoofdelijkheid kan onderscheiden van andere vormen van samenlopende verbintenissen. In de Duitse dogmatiek en rechtspraak is veelvuldig en intensief nagedacht over die vraag. De uitgebreide Duitse theorievorming biedt weliswaar enige aanknopingspunten voor het Nederlandse recht, maar ik zou niet willen voorstellen om voor het Nederlandse recht een dergelijke uitgebreide – en niet altijd even vruchtbare – discussie aan te gaan. Wel lijkt het zinvol de Nederlandse hoofdelijkheid in het licht van de Duitse theorievorming te analyseren, teneinde aldus de grenzen van hoofdelijkheid te bepalen. In de volgende paragrafen zal ik daartoe de artikelen 6:6 e.v. BW aan

82 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 47 e.v., Van Buchem-Spapens (1982), p. 13.

83 Aldus ook H.G.F.M. de Kok, Kw.ber. NBW 1990, p. 137 e.v., dezelfde, Regres en omslag in het NBW, in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle 1991, p. 284. Zie ook het hierna in par. 2.5.4.1 behandelde arrest HR 13-12-1991, NJ 1992, 316 nt. MMM (Korstanje II).

een nader onderzoek onderwerpen, waar nodig met verwijzing naar de Duitse ervaringen.

2.5.1 de deelschuldpresumptie van art. 6:6 lid 1 BW

Art. 6:6 lid 1 BW lijkt op het eerste gezicht een heldere afbakening te geven van samenloop die tot hoofdelijkheid leidt:

Is een prestatie door twee of meer schuldenaren verschuldigd, dan zijn zij ieder voor een gelijk deel verbonden, tenzij uit wet, gewoonte voortvloeit dat zij voor ongelijke delen of hoofdelijk verbonden zijn.

Een striktere formulering treft men aan in art. 1318 BW (oud), dat luidde:

Geene verbindtenis wordt voorondersteld hoofdelijk te zijn, ten zij zulks uitdrukkelijk bepaald zij.

Aan deze bepaling, die in de eerste plaats ziet op contractuele verbintenissen, ligt dezelfde gedachte ten grondslag als aan art. 6:6 lid 1 BW, namelijk dat de debiteur in beginsel slechts een evenredig deel van de gehele prestatie is verschuldigd.⁸⁴ Een vergelijkbare, maar iets voorzichtiger formulering treft men aan in § 420 BGB:

Schulden mehrere eine teilbare Leistung (..), so ist im Zweifel jeder Schuldner nur zu einem gleichen Anteile verpflichtet (..).

Zowel art. 6:6 lid 1 BW als § 420 BGB vooronderstelt voor deelbaarheid van de prestatie dat 'het geheel' eenzelfde waarde toekomt als de som der delen, met andere woorden dat 'de prestatie' kan worden opgedeeld zonder dat dit leidt tot waardevermindering van de prestatie als geheel.⁸⁵ De betaling van een geldsom is bij uitstek deelbaar.⁸⁶ Is nu 'een prestatie' deelbaar, dan leidt art. 6:6 lid 1 BW er in beginsel toe dat elk van twee of meer debiteuren die deze prestatie verschuldigd zijn, een gelijk deel moeten presteren. Deze *deelschuldpresumptie* wijkt indien zich een van de genoemde uitzonderingen voordoet.

Het hoofdregel-uitzondering karakter van art. 6:6 lid 1 BW levert bij nadere beschouwing grote interpretatieproblemen op. Stel dat C f 100,- leent aan A en

84 Het uitlegvermoeden dat ten grondslag ligt aan art. 1318 BW (oud), is via art. 1202 C.C. en Pothier, nr. 265, rechtstreeks terug te voeren op het Justiniaanse Romeinse recht. Zie Van Weel (1863), p. 205-226, Kerr Wylie (1923), p. 236 e.v., Wesener (1965), p. 355, Kaser, a.w. 1975 (nt. 4), p. 454, Zimmermann (1990), p. 131-132.

85 Zie T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 97, waarover J. Kortmann, AAe 1996, p. 9, resp. Palandt § 266 rdnr. 3, RGRK § 420 rdnr. 9.

86 HR 9-12-1898, W. 7216 (Van Kempen/Dijkman c.s.).

B gezamenlijk. In totaal leent C dus f 100,- uit. Uit de bewoordingen van art.6:6 lid 1 blijkt dat de deelschuldpresumptie geldt als meerdere debiteuren een deelbare prestatie verschuldigd zijn. Het is echter de vraag in welke gevallen 'een prestatie' door meer personen is verschuldigd. Als A en B gezamenlijk f 100,- hebben geleend van C, en zij terugbetaling van f 100,- verschuldigd zijn aan C, dan is elk van hen verplicht tot het verrichten van dezelfde verschuldigde prestatie (betaling van f 100,-). Zijn A en B evenwel elk f 50,- verschuldigd aan C, dan is niet sprake van dezelfde prestatie, maar van twee afzonderlijke prestaties van elk f 50,-. De prestaties cumuleren dan in het vermogen van C tot het geheel van f 100,-. Het verschuldigd zijn van een prestatie van f 50,- betekent alsdan dat sprake is van twee onafhankelijke verbintenissen met elk een eigen prestatie als object.⁸⁷

Met dit alles verschaft art.6:6 lid 1 geen duidelijkheid over de vraag of A en B elk een verbintenis op zich hebben genomen die *een (dezelfde) prestatie* betreft. Betreffen de verplichtingen van A en B dezelfde prestatie (elk f 100,-), dan is sprake van een samenloop die tot hoofdelijkheid leidt. Betreffen zij niet dezelfde prestatie, dan is geen sprake van samenloop en komt men aan het hoofdelijkheidsvraagstuk niet toe. De deelschuldpresumptie van art. 6:6 lid 1 lijkt hiermee in drijfzand terecht te komen: als er voor A en B elk een verplichting bestaat tot het verrichten van een prestatie van een gedeelte uit een groter deelbaar geheel, dan is niet sprake van dezelfde prestatie; is daarentegen sprake van de gehoudenheid van meer personen tot het verrichten van dezelfde prestatie, dan is elk voor het geheel van die prestatie aan te spreken. Art. 6:6 lid 1 BW, kortom, *begs the question*.⁸⁸

Als gezegd is § 420 BGB voorzigtiger geformuleerd, waar het spreekt van 'im Zweifel': dit duidt op een uitlegvermoeden in het voordeel van de debiteur, dat kan wijken als de omstandigheden van het geval een andere richting uitwijzen. Een vergelijkbaar uitlegvermoeden, maar dan in het nadeel van de debiteuren, geeft § 427 BGB:⁸⁹

Verpflichten sich mehrere durch Vertrag gemeinschaftlich zu einer teilbaren Leistung, so haften sie im Zweifel als Gesamtschuldner.

Geen van de genoemde bepalingen geeft echter antwoord op de vraag in welke gevallen dezelfde prestatie door meer personen is verschuldigd. Mijns inziens dient men hiervoor te rade te gaan bij het leerstuk van de uitleg. Uit de verklaringen en gedragingen van partijen over en weer in de concrete situatie moet worden

87 Vgl. Suijling (1936), p. 98.

88 Vgl. M. Kevin Queenan, 49 LOUISIANA L. REV. (1989), p. 1390, die soortgelijke kritiek uit op toepassing van art. 1794 van de Louisiana Civil Code ('An obligation is solidary for the obligors when each obligor is liable for the whole performance').

89 Vgl. in dezelfde zin Kerr Wylie (1923), p. 30-34.

opgemaakt of zij zich tot dezelfde prestatie hebben verplicht. Heeft men aan de hand van uitleg vastgesteld dat twee of meer personen tot dezelfde prestatie gehouden zijn, dan is sprake van hoofdelijkheid.⁹⁰

Een en ander leidt er mijns inziens toe dat er geen verhouding als van hoofdregel tot uitzondering kan bestaan tussen wat men noemt deelschuld en hoofdelijkheid. De inhoud van de prestatieplicht van elk van de debiteuren dient op zichzelf te worden beschouwd. Stelt men na uitleg van de wilsverklaringen van geldschieter C enerzijds en geldleners A en B anderzijds vast dat partijen hebben bedoeld een terugbetalingsplicht van A en B voor f 100,- in het leven te roepen, dan is daarmee de inhoud van de prestatieplichten van beiden voldoende bepaald. Art. 6:6 lid 1 BW komt hier niet aan te pas.

Art. 6:6 wil tot uiting brengen dat indien 'een prestatie' te delen is in meerdere prestaties, er dan evenzovele evenredige prestaties verricht moeten worden als er personen zijn die 'het geheel' verschuldigd zijn. Het blijft mij echter onduidelijk hoe men tegelijk tot het geheel en toch niet tot het geheel verplicht kan zijn. Mijns inziens is het van tweeën een: ófwel men is tot een en dezelfde prestatie verplicht, en dan is er in zoverre samenloop die tot hoofdelijkheid leidt, ófwel men is tot een andere prestatie verplicht dan de andere debiteuren en dan is er geen samenloop. Uiteindelijk is dus belissend of *eenzelfde* prestatie door meerdere debiteuren verschuldigd is. Aanvaardt men dat criterium, dan is met identiteit van het object van elk van de verschuldigde prestaties hoofdelijkheid gegeven. Ontbreekt die identiteit, dan is geen sprake van 'een prestatie' in de zin van art. 6:6 lid 1. Als een opdrachtgever aan een aannemer opdracht geeft een bouwwerk te vervaardigen en hij geeft een architect opdracht tot toezicht, dan spreken we niet van 'een prestatie' verschuldigd door twee debiteuren. Hun verbintenissen hebben elk een eigen object. De aansprakelijkheid voor gelijke delen geldt daarom niet. Zij zijn elk tot hun eigen prestatie gehouden.

Het antwoord op de vraag of elk van meerdere personen al dan niet dezelfde prestatie verschuldigd is, dient men mijns inziens te zoeken in de uitleg van de verschillende rechtshandelingen danwel in de bewoordingen en de strekking van de betreffende wetsbepaling, waaruit de verplichting voortvloeit. Benadert men de problematiek aldus, dan blijkt de deelschuldpresumptie van art. 6:6 lid 1 BW overbodig te zijn. We zagen dat reeds bij het voorbeeld van de geldlening, waarbij uitleg van de wilsverklaringen dient plaats te vinden. Bij wetsbepalingen dienen de bewoordingen en de strekking doorslaggevend te zijn. Stel bijvoorbeeld dat er een bepaling in Boek 2 BW was opgenomen die luidde:

In geval van faillissement van de vennootschap is de bestuurder jegens de boedel aansprakelijk voor de tekorten van de vennootschap.

90 Vgl. Fenet, a.w. (nt. 25), p. 250.

Is er één bestuurder, dan is deze voor het geheel aan te spreken. Waar geen subjecten zijn om de deling in meerdere prestaties aan de orde te stellen, vindt geen deling plaats. Zou men op grond van hetgeen in art. 6:6 lid 1 BW is bepaald, moeten aannemen dat opdeling van aansprakelijkheid voor het tekort wel plaatsvindt als er twee of meer bestuurders zijn? Dat lijkt mij niet het geval. De rechtsregel luidt immers dat 'de bestuurder aansprakelijk is'. Voor het standpunt dat uit deze regel volgt dat elk van de bestuurders voor het geheel is aan te spreken, in dier voege dat betaling door de een mede bevrijdend is voor de ander, pleit de benadering die de Hoge Raad koos in het arrest *The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*. Het betrof de vraag of opdeling van het schadevergoedingsbedrag moest plaatsvinden naar rato van het aantal mededaders. De Hoge Raad was van mening dat daarvoor geen aanleiding was:

'(..) dat dan ook ingeval een schade het gevolg is geweest van onrechtmatige daden van meer dan een persoon ieder hunner, als vallende onder den regel van art. 1401, jegens den benadeelde voor het geheel tot vergoeding van de schade is gehouden;
dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken (...).'⁹¹

Elk van de aansprakelijken bleek aan de 'delictsomschrijving' van art. 1401 BW (oud) te voldoen en om die reden voor het geheel te kunnen worden aangesproken. Hetzelfde geldt voor een rechtsregel die de bestuurder aansprakelijk acht voor de tekorten van de vennootschap. Als uit die rechtsregel volgt dat een persoon aansprakelijk is voor de tekorten van de vennootschap, dan vindt uit kracht van die bepaling geen deling van de prestatie plaats in evenredigheid met het aantal debiteuren dat tot deze prestatie gehouden is: zij zijn elk tot dezelfde prestatie gehouden. Elk van de debiteuren voldoet aan de vereisten voor het ontstaan van een verplichting, met dezelfde prestatie als object. Uit de rechtsregel volgt het bestaan van hoofdelijkheid; de deelschuldpresumptie vindt geen toepassing.⁹² Deze opvatting leidt er toe dat veel wetsbepalingen die uitdrukkelijk hoofdelijkheid stipuleren, slechts bevestigen wat reeds uit de aard van de betreffende rechtsregel voortvloeit.

Mijn conclusie moet luiden dat art. 6:6 lid 1 BW niet alleen gebrekkig is geformuleerd, maar ook overbodig is. De vraag óf twee of meer personen tot *dezelfde* prestatie verplicht zijn, moet in de eerste plaats aan de hand van uitleg van de rechtshandeling, wetsbepaling of vaststelling van de gewoonte plaatsvinden. Heeft men naar aanleiding van uitleg, bewoordingen of strekking vastgesteld dat

91 HR 4-11-1955, NJ 1956, 1 nt. LEHR (*The London & Lancashire Insurance Company/Huygen*).

92 Aldus besliste bijvoorbeeld Hof Amsterdam 19-6-1997, NJ 1997, 673 (kostenverhaal Bobel-enquête), r.ov. 4.25 voor de toepassing van art. 2:354 BW.

inderdaad sprake is van gehoudenheid tot identieke prestaties, dan is er hoofdelijkheid. Zo niet, dan zijn de debiteuren niet dezelfde prestatie verschuldigd; voor die gevallen spreke men liever niet van deelschulden, maar van verschillende prestaties.

2.5.2 *het keuzerecht van de crediteur*

Als wezenlijk kenmerk van hoofdelijkheid wordt wel genoemd de vrijheid van de crediteur om te kiezen welke van de hoofdelijke debiteuren hij tot nakoming aanspreekt.⁹³ Deze vrijheid is evenwel begrensd: als een van de hoofdelijke debiteuren aanbiedt de verschuldigde prestatie te verrichten, dan kan de crediteur niet weigeren, zo volgt uit een arrest van de Hoge Raad uit 1931. Van twee hoofdelijk verbonden borgen had er één een voor verrekening vatbare tegenvordering op de crediteur; de crediteur sprak daarom de andere borg tot betaling aan, waarop de eerstgenoemde borg de verrekening inriep en aldus nakoming van de hoofdelijke verbintenis wilde bewerkstelligen. De Hoge Raad oordeelde dat de crediteur betaling (door verrekening) niet kon weigeren:

‘dat eveneens faalt het beroep op het recht, dat den schuldeischer toekomt om dengene van zijn hoofdelijke borgen aan te spreken, dien hij daartoe uitkiest, welk recht door ’s Hofs beslissing zou miskend zijn; dat toch dit recht geen verdere strekking heeft dan dat zoodanige borg, tot betaling aangesproken, den schuldeischer niet naar een medeborg kan verwijzen, en dus niet medebrenge, dat de schuldeischer met een beroep op de hem toekomende keuze een borg, die zich door middel van schuldvergelijking wil bevrijden, mag afwijzen, evenmin als hij met zoodanig beroep betaling van de schuld door iemand anders dan den door hem uitgekozen borg zou kunnen afwijzen’.⁹⁴

Uit het arrest, dat naar mijn mening nog immer geldend recht is, blijkt dat van een volledige keuzevrijheid geen sprake is. Wel wordt met de term ‘keuzevrijheid’ ook een andere eigenschap van hoofdelijkheid verwoord, namelijk de vrijheid van de crediteur om eerst de ene debiteur, en daarna, als deze in gebreke blijft, de andere(n) tot nakoming aan te spreken.⁹⁵ Het keuzerecht biedt de crediteur bovendien een

93 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 105. Vgl. Soergel § 421 rdnr. 16. P. Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, p. 234, noemde de crediteur vanwege deze keuzevrijheid ‘ein juristischer Pascha’.

94 HR 9-1-1931, NJ 1931, 378 nt. EMM (Kolfshoten q.q./slager Heijs); zie Asser-Rutten (1981), p. 101.

95 Het is inmiddels algemeen aanvaard dat het instellen van een vordering jegens de ene debiteur geen blokkerende werking heeft jegens de andere debiteur(en). Vgl. Weitnauer (1978), p. 379 nt. 23 die er terecht op wijst dat men § 421 BGB in dit verband niet al te letterlijk dient te begrijpen. In bepaalde takken van de Anglo-Amerikaanse rechtsfamilie wordt deze blokkerende werking naar Romeins voorbeeld (waarover nader in par. 2.2) gecontinueerd. Zie de in nt. 4 genoemden.

belangrijk inningsgemak: de crediteur hoeft niet van deur tot deur te gaan in een bepaalde volgorde; de eerste de beste bij wie hij aanklopt is tot nakoming gehouden. Als de eerste betaling weigert of geen verhaal biedt, dan kan de crediteur de volgende aanspreken, enzovoorts. Dat op deze regel uitzonderingen bestaan, die vaak in het belang van een van de hoofdelijke debiteuren wettelijk zijn vastgelegd, zou men als bevestiging van de hoofdregel kunnen zien. Deze uitzonderingen doen zich echter zo veelvuldig voor dat de vraag rijst of het keuzerecht van de crediteur wel een wezenlijk kenmerk van hoofdelijkheid is.

Een voorbeeld van een contractuele uitzondering op het keuzerecht van de crediteur treft men bijvoorbeeld aan bij het accreditief. De confirmerende en kredietopenende bank hebben zich tegenover de begunstigde hoofdelijk verbonden tot betaling van de accreditiefsom, maar de begunstigde dient zich eerst tot de confirmerende bank te wenden teneinde betaling te krijgen.⁹⁶ Voor dergelijke afspraken over aanspreekvolgorde bepaalde art. 1317 BW (oud):

Eene verbindtenis kan hoofdelijk zijn, alhoewel een der schuldenaren op eene andere wijze, dan de overige, tot voldoening derzelfde zaak mogt verplicht zijn, bij voorbeeld, indien de eene slechts voorwaardelijk verbonden is, terwijl de verbindtenis van den anderen zuiver en eenvoudig is, of indien de een eene tijdsbepaling heeft bedongen, welke aan den anderen niet is toegestaan.

Alhoewel deze bepaling niet is teruggekeerd in het nieuwe BW, blijkt uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:11 BW – inzake de verweermiddelen die een hoofdelijke debiteur aan een regreszoekende mede-debiteur kan tegenwerpen – dat de regel nog steeds geldt.⁹⁷ Samenloop van ‘zuivere’ verbintenissen met verbintenissen onder voorwaarde is, zo meent de wetgever, geen belemmering voor hoofdelijkheid. Het ontbreken van het keuzerecht hoeft dus ook niet in de weg te staan aan hoofdelijkheid: de twee banken uit het accreditief blijven hoofdelijk verbonden.

Naast een contractueel bedongen aanspreekvolgorde, zijn er ook wettelijke vormen van wat ik zal noemen ‘subsidiariteit’. Zo volgt uit art. 7:850 lid 3 j° 855 BW dat de borg weliswaar hoofdelijk is verbonden met de hoofdschuldenaar, maar dat de borg pas tot nakoming is gehouden als de hoofdschuldenaar tekort is geschoten in de nakoming. Het betreft hier een moderne variant van het Romeins-

96 Art. 9b UCP 500 (1993) spreekt in dit verband over de verplichting van de confirmerende bank ‘in addition to that of the Issuing Bank’.

97 T.M. Parl. Gesch. Boek 6, p. 114. T.M. Parl. Gesch. Boek 6, p. 95 merkt voorts op dat aan een bepaling als art. 1317 BW geen behoefte meer bestaat omdat het uitgangspunt van het ontwerp is dat de lotgevallen van de verschillende verbintenissen geen invloed hebben op de andere verbintenissen. Hofmann-Van Opstall (1976), p. 447 merkt terecht op dat het geen ‘lotgeval’ betreft dat zich na het ontstaan van de verbintenissen voordoet, maar een in beginsel op voorhand in de verbintenis aangebrachte voorwaarde of tijdsbepaling.

rechtelijke *beneficium excussionis*.⁹⁸ Voorts kan worden gedacht aan de hoofdelijke, zij het subsidiaire aansprakelijkheid van bestuurders voor schulden van de vennootschap aan de fiscus en de bedrijfsvereniging, van bestuurders van verenigingen zonder rechtsbevoegdheid en van bestuurders van de EESV.⁹⁹ Men denke ook aan de hoofdelijke, zij het subsidiaire aansprakelijkheid van het wisselpersoneel anders dan de acceptant.¹⁰⁰ En zo zijn er meer voorbeelden.¹⁰¹

Naast contractuele en wettelijke gronden voor subsidiariteit kan ook worden gedacht aan hoofdelijkheid, in het leven geroepen ten behoeve van overheidslichamen, die op grond van een algemeen beginsel van behoorlijk bestuur – zoals het evenredigheidsbeginsel – slechts subsidiair, dat wil zeggen als de 'hoofdschuldenaar' tekortschiet, mag worden uitgeoefend.¹⁰² Daarnaast kan als 'bron' van subsidiariteit ook nog worden gedacht aan art. 3:13 (evt. j° 14) BW: het kan bijvoorbeeld onder omstandigheden misbruik van recht opleveren als de crediteur een niet-draagplichtige debiteur aanspreekt terwijl het niet bezwaarlijk is een andere, wel draagplichtige hoofdelijke debiteur tot betaling te bewegen.

Uit het voorgaande blijkt dat subsidiariteit, voorwaarde en tijdsbepaling niet in de weg staan aan hoofdelijkheid. Het keuzerecht van de crediteur is niet een zo wezenlijk kenmerk van hoofdelijkheid, dat bij ontbreken daarvan geen hoofdelijkheid bestaat. In dergelijke gevallen bestaat weliswaar een samenloop en daarmee

98 Zie daarover bijv. Zimmermann (1990), p. 129-131.

99 Zie resp. art. 36 e.v. Inv.W., art. 16d CSV, art. 2:30 lid 3 j° lid 4 BW, art. 24 lid 2 EESV-Verordening. Vgl. voorts HR 2-10-1991, UTC 1991, 66. Vgl. voor eenzelfde aanspreekvolgorde met behoud van 'Gesamtschuld' in het Duitse fiscale recht BGH 22-10-1992, BGHZ 120, 50 en Knauf (1985), p. 66-72. Vgl. ook de subsidiariteit van verhaalsaansprakelijkheid (zoals in bijv. de art. 1:96 en 3:234), waarover L.L.M. Prinsen, *Rekenplicht en aansprakelijkheid*, diss. Tilburg 1995, p. 71, p. 106 e.v. Zie voorts § 128 HGB alsmede BGH 2-7-1962, BGHZ 37, 299 en BGH 20-10-1980, NJW 1981, p. 1095.

100 Zie Sprey, a.w. (nt. 2), p. 38-39 en De Kok (1965), p. 44-49.

101 Ik denk bijv. aan de subsidiaire aansprakelijkheid van het Waarborgfonds Motorrijtuigen; zie art. 25 j° 26 lid 5 WAM en de subsidiaire aansprakelijkheid ex art. 2:334t lid 4 BW bij splitsing van rechtspersonen. Vgl. in verband met subsidiariteit ook CRvB 26-2-1992, RSV 1993, 82 en CRvB 10-2-1993, VN 1993, p. 1560, waarbij de mogelijkheid wordt opengelaten dat de algemene beginselen van behoorlijk bestuur nopen tot een bepaalde verhaalsvolgorde, bijv. samenhangend met de (in)solventie van de betreffende mede-aansprakelijke. Vgl. CRvB 27-3-1997, AB 1997, 212 nt. HBr. en CRvB 14-8-1998, AB 1998, 399 nt. HBr. Zie nader E.R.H. Heijmans, J.H.P.M. Raaijmakers, *Aansprakelijkheden Invorderingswet 1990*, Deventer 1995, p. 164-166 en Wezeman (1998), p. 233-236. Vgl. voor Duits recht § 839 j° 34 GG (subsidiaire aansprakelijkheid van de overheid), waarover bijv. Mohr (1970), p. 61-62, Jürgens (1988), p. 39, Hasse (1992), p. 6-7, Scholz en Tremml (1994), p. 76, alsmede § 19 BNotO (subsidiaire aansprakelijkheid van de notaris), waarover BGH 22-6-1995, BB 1995, p. 1871.

102 Zie bijv. CRvB 26-2-1992, RSV 1993, 82, CRvB 27-7-1994, VN 1994, p. 3358, Rb. Groningen 12-5-1995, VN 1995, p. 2943, CRvB 13-11-1995, RSV 1996, 128. Zie ook A. Bijlsma, nt. onder TC 7-12-1994, UTC 1995, 7 en Wezeman (1998), p. 243-244. Zie voor een geval waarin door de CRvB de hoofdelijkheid van bestuurders tot deelschuld werd gereduceerd wegens de onmogelijkheid van regres op medebestuurders: CRvB 5-4-1993, RSV 1994, 37. Anders: HR 3-2-1988, NJ 1988, 703 (Belastingkamer).

hoofdelijkheid, maar de crediteur dient een bepaalde volgorde bij het aanspreken in acht te nemen, of er moet aan een voorwaarde of tijdsbepaling zijn voldaan alvorens de desbetreffende verbintenis opeisbaar wordt.

Bij samenloop van onvoorwaardelijke en opschortende voorwaardelijke verbintenissen doet zich evenwel een complicatie voor. Zijn twee debiteuren gehouden tot betaling van dezelfde geldsom, met dien verstande dat een hunner onder opschortende voorwaarde is gehouden, dan doet zich de bijzondere situatie voor dat deze debiteur voorafgaande aan het intreden van de voorwaarde niet tot betaling kan worden aangesproken en een eventuele betaling door hem onverschuldigd geschiedt (art. 6:25 BW), terwijl betaling door de andere debiteur ook de voorwaardelijk verbonden debiteur bevrijdt. Slechts een van beiden kan, zo lijkt het, de ander bevrijden.¹⁰³ De voorwaardelijk verbonden debiteur kan namelijk zolang de voorwaarde niet is ingetreden, het betaalde terugvorderen en daarmee de rechten van de crediteur jegens de onvoorwaardelijk verbonden debiteur als het ware doen herleven.¹⁰⁴ Deze betaling is dus slechts voorwaardelijk bevrijdend, te weten onder de 'ontbindende' voorwaarde dat de voorwaardelijk verbonden debiteur, die betaalde, de crediteur niet tot terugbetaling aanspreekt. Een eventueel regres op de onvoorwaardelijk verbonden debiteur geschiedt mijns inziens onder dezelfde voorwaarde.¹⁰⁵

De gesignaleerde complicatie doet zich naar mijn mening niet voor indien het voorwaardelijke karakter van de betreffende verbintenis gelegen is in subsidiariteit van de verbintenis. De subsidair verbonden debiteur – denk bijvoorbeeld aan de borg – heeft letterlijk het 'beneficium', het voorrecht om de crediteur te houden aan de aanspreekvolgorde: hij *mag* de crediteur houden aan diens plicht om eerst de onvoorwaardelijk verbonden debiteur aan te spreken.¹⁰⁶ Doet de subsidair gehouden debiteur dit niet en betaalt hij ondanks het subsidiaire

103 Bij de samenloop van een onvoorwaardelijke verbintenis met een verbintenis onder tijdsbepaling speelt dit probleem in de regel niet, nu de debiteur onder tijdsbepaling reeds voor het verstrijken van de termijn bevrijdend betalen kan (art. 6:39 lid 2 BW); betaling voor ommekomst van de betreffende termijn geschiedt niet onverschuldigd.

104 Dit is anders indien men aanneemt dat desbewuste betaling vóór vervulling van de opschortende voorwaarde moet worden gezien als een omzetting van de voorwaardelijke in een onvoorwaardelijke verbintenis en daarmee als afstand van het recht uit onverschuldigde betaling. Vgl. Schoordijk (1979), p. 112. Vgl. voorts Parl. Gesch. Boek 6, p. 110 nt. 3, alwaar een alternatieve redenering wordt ontvouwd, te weten dat de betalende debiteur niet beoogt zijn eigen voorwaardelijke schuld te voldoen, doch de schuld van de onvoorwaardelijk verbonden debiteur (in de zin van art. 6:30 BW).

105 De Toelichting Meijers gaat uit van de tegengestelde opvatting; de Toelichting stelt dat het regresrecht slechts bestaat onder de opschortende voorwaarde dat de voorwaarde in de 'hoofdverbintenis' in vervulling gaat. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 110 nt. 2. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 114.

106 Vgl. Parl. Gesch. Boek 7, p. 438 en ook al Van Hugenpoth tot den Beerenclaauw, a.w. (nt. 28), p. 5-6. Zie Asser-Kleijn (1988), nr. 135, die ontkent dat de subsidiariteit de verbintenis van de borg een voorwaardelijke maakt. Zie over de reikwijdte van het voorrecht ook HR 24-4-1992, NJ 1992, 463 (Heidenreich/Alcredis Bank NV).

karakter van zijn verbintenis, dan is een dergelijke betaling niet onverschuldigd in de zin van art. 6:25 BW doch veeleer een betaling onder afstand van het voorrecht dat in de subsidiariteit was gelegen.¹⁰⁷ Aldus beschouwd geschiedt voortijdige betaling door de subsidiair gehouden debiteur niet onverschuldigd en bevrijdt deze integendeel alle debiteuren.¹⁰⁸

2.5.3 nakoming door de een bevrijdt ook de ander

Uit het voorgaande bleek dat de crediteur in zijn keuzerecht kan worden beknot door wettelijke of contractuele subsidiariteit, voorwaarde of tijdsbepaling. Het keuzerecht is daarmee niet zo essentieel voor hoofdelijkheid dat dit zonder keuzerecht onbestaanbaar is. Dat ligt naar mijn mening anders voor wat betreft de bevrijdende werking van de betaling. Verricht de ene debiteur de prestatie waartoe de ander ook was gehouden, dan is – zo volgt uit art. 6:7 BW – de ander mede bevrijd.¹⁰⁹ Dit nu is wezenlijk aan hoofdelijkheid; zou betaling door de een niet mede bevrijdend zijn voor de ander, dan behoudt de crediteur blijkbaar zijn vordering jegens die ander. Kan C zowel van A als van B f 100,- vorderen zonder dat betaling door een van hen mede de ander bevrijdt, dan heeft C blijkbaar recht op f 200,-. Als de prestaties cumuleren, is geen sprake van een gehoudenheid tot het verrichten van *dezelfde* prestatie.¹¹⁰ Juist omdat betaling door de een mede de andere debiteur bevrijdt, waren zij verplicht tot identieke prestaties, die strekten tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang van de crediteur. In de Duitse literatuur wordt in dit verband wel gesproken van een identieke 'Befriedigungsinteresse' van de crediteur.¹¹¹ Hieruit kan men afleiden dat wanneer een bepaalde verplichting tegenover een crediteur blijft bestaan, ook wanneer een inhoudelijk gelijke prestatie door een ander is verricht, er geen sprake kan zijn van hoofdelijkheid. Dit verklaart ook waarom hoofdelijkheid slechts bestaat *voor*

107 Vgl. over afstand van het zgn. voorrecht van uitwinning naar oud recht art. 1869 BW (oud).

108 In deze zin Hof 's-Hertogenbosch 3-10-1994, NJ 1995, 357 (Klaassen/Staat).

109 Art. 6:7 BW is ongetwijfeld ontleend aan het vrijwel identieke § 422 BGB. Zie daarover Münch. Komm. § 421 rdnr. 35, Wagenfeld (1972), p. 31, Selb (1984), p. 7, Brox (1992), rdnr. 430, Soergel § 421 rdnr. 7, Goette (1974), p. 44, Prediger (1988), p. 6, Jürgens (1988), p. 45, p. 96. Vgl. ook § 421 BGB dat 'Gesamtschuld' reeds definieert als het geval waarin van elk van twee of meer debiteuren die eenzelfde prestatie verschuldigd zijn, de gehele prestatie gevorderd kan worden, met dien verstande dat de crediteur de prestatie in totaal slechts éénmaal kan vorderen.

110 Soergel § 421 rdnr. 20, Hasse (1992), p. 5, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 3. Zo ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 100, ten aanzien van twee debiteuren die elk tot een nalaten verplicht zijn; hoofdelijkheid ontstaat niet omdat het niet dezelfde prestatie betreft.

111 Soergel § 421 rdnr. 7, Münch. Komm. § 421 rdnr. 6, Alt.komm. § 421 rdnr. 1, Erman § 421 rdnr. 3, Larenz I, p. 632, Raisch (1965), p. 704, Thiele (1968), p. 151, Lumm (1968), p. 64-65. Vgl. ook Kerr Wylie (1923), p. 3, p. 192.

zover meer debiteuren dezelfde prestatie verschuldigd zijn.¹¹² Verschillen de verschuldigde bedragen in omvang, dan bestaat slechts hoofdelijkheid tot het gemeen verschuldigde bedrag omdat de verschuldigde bedragen in zoverre blijkbaar niet ertoe strekken eenzelfde vermogensbelang van de crediteur te bevredigen.

2.5.4 verbintenissen met een identieke strekking

De wederzijds bevrijdende werking van de nakoming is dus een essentieel kenmerk van hoofdelijkheid. Maar mag men de zaak ook omdraaien? Is bevrijding van alle debiteuren door de prestatie van een hunner als zodanig ook voldoende voor hoofdelijkheid? In de Duitse rechtspraak en literatuur is de heersende opvatting dat dit niet voldoende is: voor 'Gesamtschuld' is meer nodig dan alleen 'Leistungs-identität'. Zo worden verbintenissen die tot dezelfde prestatie verplichten, maar overigens geen 'innere Zusammenhang' vertonen, meestal niet als hoofdelijke verbintenissen beschouwd.¹¹³ Voor hoofdelijkheid is dus 'innere Zusammenhang' noodzakelijk, maar tot op heden bestaat er geen algemeen aanvaard criterium waarmee deze 'Zusammenhang' kan worden herkend. Kort na invoering van het BGB werd in dit verband nog de strikte *eadem causa*-leer in de rechtspraak toegepast,¹¹⁴ maar al snel werd deze leer losgelaten en ingeruild voor het vereiste van de 'Zweckgemeinschaft'.¹¹⁵ Deze leer komt er op neer dat hoofdelijkheid

112 Zie voor Duitsland BGH 3-2-1954, BGHZ 12, 213, BGH 27-3-1969, BGHZ 52, 39, BGH 26-11-1982, BGHZ 85, 375, BGH 27-5-1987, NJW 1987, p. 2810, OLG Düsseldorf 11-11-1994, NJW 1995, p. 2565 alsmede RGRK § 421 rdnr. 3, § 840 rdnr. 13, Venzmer (1960), p. 213, Lumm (1968), p. 25, p. 28. Vgl. voorts Reinicke en Tiedtke (1988), p. 1 en Münch. Komm. § 421 rdnr. 6. Zie voor België Hof van Cassatie 22-10-1993, RW 1995, p. 40.

113 Zie RG 29-5-1905, RGZ 61, 56; RG 17-3-1909, RGZ 70, 405; RG 18-4-1918, RGZ 92, 401, waarover Fuchs (1933), p. 63-64; RG 6-12-1935, RGZ 149, 365; BGH 24-4-1952, BGHZ 6, 3; BGH 23-11-1955, BGHZ 19, 114; zie ook RGRK § 421 rdnr. 1, Goost (1961), p. 2, Selb (1984), p. 137, Fuchs (1933), p. 20.

114 Deze 'eadem causa'-leer werd, naar het lijkt, door het RG aangehangen in RG 29-5-1905, RGZ 61, 56 en RG 22-11-1907, RGZ 67, 128. Zie Münch. Komm. § 421 rdnr. 7, Schmidt (1922), p. 3 e.v., Leonhard (1929), p. 734, Fuchs (1933), p. 21, Hillenkamp (1966), p. 6-15, Börsen (1969), p. 50-56, Ehmann (1972), p. 193-197, Goette (1974), p. 25 e.v., Selb (1984), p. 36-37, Jürgens (1988), p. 55-58, Wernecke (1990), p. 30-36. Sinds RG 17-3-1909, RGZ 70, 405, RG 25-11-1911, RGZ 77, 317, RG 12-7-1913, RGZ 82, 436 en RG 30-4-1914, RGZ 84, 415 wordt identiteit van schuldorzaak niet meer geëist. In 1935 duikt het vereiste echter weer op in RG 7-11-1935, RGZ 149, 182; deze uitspraak is echter een op zichzelf staande uitzondering gebleven. Zie over e.e.a. Schmidt (1922), p. 6-11, Raisch (1965), p. 704 nt. 15 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 22. Vgl. ook de in nt. 80 genoemde rechtspraak van het BGH.

115 Zie bijv. RG 29-5-1905, RGZ 61, 56, RG 22-11-1907, RGZ 67, 128, RG 25-11-1911, RGZ 77, 317, BGH 24-4-1952, BGHZ 6,3, BGH 1-2-1965, BGHZ 43, 227, BGH 19-12-1968, BGHZ 51, 275, BGH 27-3-1969, BGHZ 52, 39, BGH 29-6-1989, BGHZ 108, 179. De term 'Zweckgemeinschaft' (ook wel: 'Erfüllungsgemeinschaft') is ontleend aan Enneccerus' *Lehrbuch des Bürgerlichen Rechts*; zie Schmidt (1922), p. 12, Fuchs (1933), p. 30, Meier (1936), p. 14 e.v., Raisch (1965), p. 704 en Wernecke (1990), p. 38-39. Voor de vele invullingen en interpretaties die sindsdien aan het begrip Zweckgemeinschaft zijn gegeven verwijs ik naar Schmidt (1922), p. 12-14, Fuchs (1933), p. 31-48, Goost (1961), p. 23-30, Hillenkamp (1966), p. 15-39, Börsen (1969), p. 61-72, Goette (1974), p. 31-44, Jürgens (1988), p. 58-65 en Wernecke (1990), p. 36-43.

ontstaat indien sprake is van *Zweckgleichheit*: als bijvoorbeeld twee verschillende normen strekken tot bescherming van hetzelfde vermogensbelang, dan dienen deze normen hetzelfde doel en leidt overtreding van beide normen om die reden tot hoofdelijke aansprakelijkheid.

De idee van de 'Zweckgemeinschaft' is zeker beeldend, maar uit rechtspraak en literatuur blijkt niet duidelijk of 'Zweckgemeinschaft' oorzaak of juist gevolg van hoofdelijkheid is.¹¹⁶ Deze 'fehlende Trennschärfe'¹¹⁷ is voor het BGH aanleiding geweest om het in 1989 over een andere boeg te gooien en om de vereiste 'innere Zusammenhang' te vinden in 'Gleichstufigkeit' van de verschillende verbintenissen¹¹⁸. Deze leer stoelt op de gedachte dat slechts verbintenissen die 'gelijkwaardig' zijn, tot hoofdelijkheid aanleiding kunnen geven. Staat bijvoorbeeld op voorhand vast dat van twee of meer aansprakelijken er één geheel draagplichtig is, dan zijn de betreffende verbintenissen niet 'gleichstufig' en ontstaat geen 'Gesamtschuld'.¹¹⁹ Ook deze leer is niet zonder gebreken: men kan immers niet volhouden dat volledige draagplicht van een van de aansprakelijken per definitie

Vgl. ook nog Kerr Wylie (1923), p. 194.

116 Jürgens (1988), p. 62 meent dat dit laatste het geval is. Zie evenwel RG 29-5-1905, RGZ 61, 56. In RG 24-1-1918, RGZ 92, 143 overweegt het RG dat 'die gesamtschuldnerischen Verpflichtung ein Gemeinschaftsverhältnis zwischen den Gesamtschuldnern schafft, das Rechte und Pflichten erzeugt'. Zie voor kritiek op het begrip 'Zweckgemeinschaft' Larenz I, p. 636-637; Erman § 421 rdnr. 5; Lumm (1968), p. 212-214; Selb (1984), p. 39; Reinicke en Tiedtke (1988), p. 22; Wernecke (1990), p. 42; Fikentscher (1997), rdnr. 631. Ehmann (1972), p. 50 noemt het begrip een 'Zauberformel'.

117 BGH 21-9-1983, JZ 1984, p. 230, op p. 231. Aldus reeds G. Dilcher, JZ 1967, p. 112.

118 BGH 26-1-1989, BGHZ 106, 313. De theorie van de 'Gleichstufigkeit' (ook wel: 'Gleichrangigkeit') is door Larenz in de derde druk (1958) van zijn *Schuldrecht* geïntroduceerd. Zie thans Larenz I, p. 634. Vgl. Börsen (1969), p. 15-18, Münchbach (1976), p. 42-58, Jürgens (1988), p. 80 e.v. en Wernecke (1990), p. 43-70, Lange (1990), p. 666. Selb, *Schadensbegriff und Regreßmethoden*, Heidelberg 1963, p. 21 e.v. bouwde voort op de theorie van Larenz. Hij introduceerde het begrip 'Erfüllungsgemeinschaft'. Zie over e.e.a. Selb (1984), p. 40-41, Goette (1974), p. 175-185, Jürgens (1988), p. 75 e.v., Wernecke (1990), p. 19, p. 70-77, en kritisch: Ehmann (1972), p. 76-79, Münchbach (1976), p. 45-46 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 23. Vgl. ook de rechtspraak die het pad voor de 'Gleichstufigkeit' effende: BGH 29-6-1972, BGHZ 59, 97 en BGH 21-9-1983, JZ 1984, 230; zie daarover Giesberts (1990), p. 202 nt. 18, Fikentscher (1997), rdnr. 631 en Münch. Komm. § 421 rdnr. 7. Vgl. ook nog BGH 27-3-1969, BGHZ 52, 39.

119 Zo wordt door de aanhangers van de theorie van de 'Gleichstufigkeit' het beruchte 'Dombrandfall' (RG 26-4-1913, RGZ 82, 206) verklaard met een beroep op het ontbreken van 'Gleichstufigkeit'. Het betrof de samenloop van een publiekrechtelijke herbouwplicht van de ene debiteur en de civiele aansprakelijkheid voor afbranden van het betreffende gebouw van de andere debiteur. Het RG nam geen hoofdelijkheid aan. Zie Lumm (1968), p. 225-226 en de aldaar in nt. 435 genoemden. Vgl. Larenz I, p. 557-559, p. 566, Hillenkamp (1966), p. 135 e.v., Fikentscher (1997), rdnr. 631 en T. Boecken, A. von Sonntag, Jura (Juristische Ausbildung) 1997, p. 2. Zie van de auteurs die – ten onrechte; zie de uitspraak, p. 216-217 – aannemen dat het RG in het 'Dombrandfall' toepassing gaf aan § 255 BGB: Esser-Schmidt (1993), p. 328 nt. 62. Geijkt voorbeeld van 'Ungleichstufigkeit' is voorts dat van de borg: de borg neemt het incassorisico van de crediteur over door in te staan voor betaling door de debiteur; toch bestaat er naar Duits recht geen hoofdelijkheid tussen borg en de hoofdschuldenaar. Zie Larenz I, p. 634; Selb (1984), p. 41, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 14; vgl. kritisch Ehmann (1972), p. 333-335.

aan hoofdelijkheid in de weg staat.¹²⁰ In de literatuur is de leer van de 'Gleichstufigkeit' om die reden wel bekritiseerd.¹²¹

Onduidelijk is of de idee van 'Gleichstufigkeit' de plaats van 'Zweckgemeinschaft' volledig heeft ingenomen. Hoewel in de literatuur meer aanhang bestaat voor de eerste dan voor de laatste,¹²² kan niet gezegd worden dat het BGH volledig bekeerd is tot de leer van de 'Gleichstufigkeit'. Latere rechtspraak lijkt namelijk weer te neigen naar de 'Zweckgemeinschaft'.¹²³ Het heeft er veel van weg dat de rechtspraak, alle fraaie theorievorming ten spijt, van geval tot geval de betreffende meerpartijenverhouding beoordeelt; de vraag of hoofdelijkheid een redelijke oplossing voor het voorgelegde probleem biedt, is uiteindelijk belangrijker dan de dogmatische inpassing.¹²⁴

Afsluitend kan worden gezegd dat voor 'Gesamtschuld' niet alleen is vereist dat nakoming in de ene verbintenis mede een andere verbintenis delgt, maar tevens dat 'innere Zusammenhang' tussen de verbintenissen bestaat. Van de theorieën die hierover bestaan, is die van de 'Zweckgemeinschaft' in zoverre van belang

120 Eender: Boecken en Von Sonntag, t.a.p. (nt. 119), p. 4. Zo bepaalt § 840 lid 2 BGB bijvoorbeeld dat ingeval van hoofdelijke aansprakelijkheid van opdrachtgever en hulppersoon voor een fout van de hulppersoon, deze laatste de schade intern volledig dient te dragen. Larenz I, p. 644 noemt dit overigens atypische gevallen van hoofdelijkheid die meer naar de Ungleichstufigkeit van § 255 BGB neigen.

121 Ehmann (1972), p. 104 heeft als bezwaar tegen de theorie van de Gleichstufigkeit ingebracht dat het niet meer betekent dan dat alle schuldenaren gelijkelijk 'schulden'. In andere gevallen kan de theorie dus niet het bestaan van hoofdelijkheid verklaren. Daartegen Larenz I p. 635 nt. 12. Reinicke en Tiedtke (1988), p. 23-24 geven als mogelijke verklaring dat zich 'Ungleichstufigkeit' voordoet wanneer een van de debiteuren de betaling als het ware slechts 'voorschiet' en de andere debiteur de werkelijk draagplichtige is. Enig verschil met hoofdelijkheid zonder draagplicht is daarin echter niet te herkennen.

122 Zie evenwel de schrijvers die geen van beide theorieën werkelijk overtuigend achten: Raisch (1965), p. 706, Jürgens (1988), p. 92. Zie voorts de alternatieve benaderingswijzen van Hillenkamp (1966), p. 116 e.v., Thiele (1968), p. 152, Börnsen (1969), p. 114 e.v., Ehmann (1972), p. 193 e.v. en Fikentscher (1997), rdnr. 629-631. Vgl. ook nog Hüffer (1970), p. 11-15, Goette (1974), p. 58-67, Jürgens (1988), p. 87-91 en Wernecke (1990), p. 79-98.

123 Zie BGH 29-6-1989, BGHZ 108, 179. Vgl. ook, zij het niet expliciet, BGH 12-6-1992, NJW 1992, p. 2817 en BGH 24-9-1992, NJW 1992, p. 3228.

124 Zie over het 'rechtspolitieke' karakter van rechterlijke beslissingen inzake hoofdelijkheid Von Olshausen (1988), p. 294 m.n. nt. 57 en Giesberts (1990), p. 202-203; vgl. ook nog RGRK § 421 rdnr. 51 i.f., RGRK § 840 rdnr. 3, Alt.komm. § 421 rdnr. 5, Wagenfeld (1972), p. 31, Münchbach (1976), p. 72-73 en Wernecke (1990), p. 126 e.v. M.i. is in dit redelijkheidspostulaat bijv. de grond gelegen voor de rechtspraak van het BGH waarin § 255 BGB wordt weggeïnterpreteerd; zie BGH 29-6-1972, BGHZ 59, 97, JuS 1974, p. 292-298 nt. H. Rüssmann en BGH 21-9-1983, JZ 1984, p. 230, nt. Reinicke en Tiedtke. Over deze rechtspraak op § 255 BGB zie men Soergel § 426 rdnr. 58, Münch. Komm. § 421 rdnr. 31 i.f., Thiele (1968), p. 152, Börnsen (1969), p. 185, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 28, Boecken en Von Sonntag, t.a.p. (nt. 119), p. 7-9, en in kritische zin: Reinicke en Tiedtke, t.a.p., p. 234, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 37-38, Palandt § 255 rdnr. 2 en Münch. Komm. § 421 rdnr. 28 e.v. Als voorstander zijn te noemen: Larenz I, p. 635 nt. 12a i.f. (zie echter ook t.a.p., p. 637 nt. 20 en p. 556-561 alwaar § 255 wel degelijk een eigen plaats toebedacht wordt), Esser-Schmidt (1993), p. 323, Rüssmann (1974), p. 292 e.v. Vgl. Münchbach (1976), p. 122 en Lange (1990), p. 666 en p. 671.

voor ons recht dat zij inzichtelijk maakt waarom nakoming door de ene debiteur mede de ander bevrijdt: omdat beide verbintenissen strekken tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang.¹²⁵ Het is dit uitgangspunt dat ik hierna op een aantal gevallen voor ons recht wil toepassen; ik zal concluderen dat het bereik van de hoofdelijkheid veel groter is dan algemeen wordt aangenomen.

2.5.4.1 dubbele (aansprakelijkheids)verzekeringsdekking

Een goed voorbeeld van toevallig samenlopende verbintenissen buiten het werkingsbereik van art. 6:102 BW biedt de dubbele dekking uit (aansprakelijkheids)verzekering. Art. 277 K bepaalt dat ingeval een verzekerde hetzelfde belang meermalen heeft gedekt tegen hetzelfde risico, de oudste verzekeringsovereenkomst dekking biedt en de jongere niet. In 1985 besliste de Hoge Raad dat deze voorrangregel niet van toepassing is op samenloop van dekkingen uit aansprakelijkheidsverzekeringen.¹²⁶ Sindsdien is duidelijk dat ingeval van samenloop van verbintenissen uit aansprakelijkheidsverzekeringsovereenkomsten de verzekerde de vrije keuze heeft wat betreft het aanspreken van een van de verzekeraars. Inmiddels geldt hetzelfde voor samenlopende ziektekostenverzekeringen.¹²⁷ Elk van de verzekeraars is, binnen de grenzen van de polismaxima, tot vergoeding van de gehele schade gehouden.¹²⁸ Voorts staat vast dat de verzekerde, zodra hij eenmaal schadeloos is gesteld door de aangesproken verzekeraar, de prestatie niet nogmaals, maar nu van de andere verzekeraar kan opeisen. De betalende verzekeraar bevrijdt dus mede de andere verzekeraar van diens prestatieplicht, uiteraard voor zover de verzekeringspenningen hetzelfde verzekerde belang betreffen. De logisch daarop volgende vraag is of de verzekeraar die heeft betaald, een regresrecht toekomt op de andere verzekeraar. Alhoewel er geen specifieke wettelijke grondslag voor een dergelijk verhaalsrecht valt aan te wijzen, besliste de Hoge Raad in 1991:

‘Dat in een geval als hiervoor (...) bedoeld de verzekeraar op wie de verzekerde (...) zijn keus heeft laten vallen en die daarop de schade heeft vergoed, verhaal moet kunnen nemen op de andere verzekeraar(s) op wie eveneens de verplichting tot het vergoeden van deze schade rustte, is een eis van redelijkheid en billijkheid. Voor het komende recht wordt dan ook – in overeenstemming met wat te onzent in de doctrine reeds lang werd geleerd en met wat elders geldt – voorgesteld uitdrukkelijk te bepalen dat in een dergelijk geval de verzekeraars onderling verhaal hebben opdat ieder zijn deel draagt (art.

125 In gelijke zin: Leonhard (1929), p. 738.

126 HR 12-4-1985, NJ 1985, 867 nt. G (Korstanje I). Zie ook H. Drion, VA 1961, p. 32 e.v., L. Mok, VA 1973, p. 278.

127 HR 27-2-1998, NJ 1998, 764 nt. MMM (Europeesche Verzekering Maatschappij/OHRA Ziektekostenverzekering).

128 Vgl. voor Frans recht J. Mestre, RTD Civ. 1981, p. 27-29.

7.17.2.24a NBW). In de huidige wet ontbreekt een dergelijke regel. Niettemin moet ook voor het huidige recht worden aanvaard dat uit voormelde regel inzake samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen voor de betrokken verzekeraars een onderling regresrecht voortvloeit, omdat zulks past in het stelsel van de wet en aansluit bij de daarin wèl geregelde gevallen. Daarbij valt met name te wijzen op het bepaalde in art. 1329 BW en op de regel die is aanvaard voor (het, WvB) geval verschillende personen elk uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor dezelfde schade.¹²⁹

Aldus besliste de Hoge Raad dat het lot, of beter: de toevallige keuze van de verzekerde, niet beslissend mag zijn voor de vraag welke van de verzekeraars de financiële gevolgen van het voorval draagt. Elk van de verzekeraars had immers op zich genomen dezelfde belangen in bescherming te nemen tegen dezelfde risico's; voor zover elk van de verzekeraars tot dezelfde prestatie kon worden aangesproken was sprake van een samenloop van verbintenissen. Om die reden paste de Hoge Raad dezelfde regels toe als hij reeds langer bij mededaders toepaste. Het regresrecht betrof weliswaar een verbintenis die niet rechtstreeks uit de wet voortvloeide, maar wel aansloot bij het regres van de hoofdelijke debiteur onder oud BW en de in de rechtspraak aanvaarde regresrechten van mededaders. Bovendien wees de literatuur al in de door de Hoge Raad gekozen richting.¹³⁰

Zodra art. 7.17.2.24a van kracht wordt, kan naar mijn overtuiging zonder meer van hoofdelijkheid worden gesproken. Dit artikel bepaalt dat indien dezelfde schade door meer dan een verzekering wordt gedekt, de verzekerde elke verzekeraar kan aanspreken in dier voege dat hij in totaal niet meer dan zijn schade vergoed mag krijgen.¹³¹ Weliswaar stelt de Memorie van Toelichting op deze bepaling dat geen spake kan zijn van hoofdelijkheid aangezien niet is voldaan aan de vereisten van art. 6.1.2.1 lid 2 (thans: art. 6:6 lid 2),¹³² maar dit standpunt moet in het licht van hetgeen ik hiervoor betoogde als onjuist worden aangemerkt.

Vraag is hoe *thans* onder werking van het nieuwe BW over dubbele dekkingen uit aansprakelijkheidsverzekering moet worden gedacht. Mijns inziens is sprake van hoofdelijkheid; de samenloop valt onder de termen van art. 6:6 e.v. BW. Voor zover elk van twee of meer aansprakelijkheidsverzekeraars kan worden aan-

129 HR 13-12-1991, NJ 1992, 316 nt. MMM (Korstanje II). Zie voor vergelijkbare overwegingen t.a.v. het regres van de WAM-verzekeraar op de draagplichtige veroorzaker van het gedekte verkeersongeval HR 10-10-1975, NJ 1976, 175 nt. ARB (Van der Kleij/Interpolis), waarover uitgebreid C.P. Robben, *De action directe en de wet aansprakelijkheidsverzekering motorrijtuigen*, diss. Tilburg 1993, p. 252 e.v.

130 Zie de verwijzingen bij conclusie A-G Hartkamp sub 5 bij HR 13-12-1991, NJ 1992, 316 nt. MMM (Korstanje II).

131 Vgl. § 59 VVG ('Doppelversicherung'). Over de regresmaatstaf zie men Prölls-Martin § 59 nr. 1; de hoogte van de draagplicht is gerelateerd aan de relatieve hoogte van het risico dat de verzekeraar liep. Voor berekeningen zie men Habermeier (1968), p. 98 e.v. en Prölls-Martin § 59 nr. 3.

132 TK 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 33.

gesproken tot het verrichten van dezelfde prestatie, te weten het uitkeren van verzekeringspenningen die strekken tot wegneming van dezelfde achteruitgang in het vermogen van de verzekerde, zijn zij elk voor het geheel verbonden. Betaalt de een, dan is de ander mede bevrijd (art. 6:7 BW). De keuzemogelijkheid van de verzekerde mag, zo blijkt uit de rechtspraak van de Hoge Raad, niet verworpen tot een door het lot bepaalde draagplicht. Om die reden kan de betalende verzekeraar regres nemen op de andere debiteur(en). Alles wijst op het bestaan van hoofdelijkheid. Daaraan staat niet in de weg dat de verzekeraars onafhankelijk van elkaar zijn overgegaan tot het sluiten van de betreffende verzekeringsovereenkomsten.¹³³

2.5.4.2 *afhankelijke, onafhankelijke of abstracte verbintenissen: borgtocht, bankgarantie en accreditief*

Naar geldend recht is de borg hoofdelijk verbonden met de hoofdschuldenaar (art. 7:850 lid 3 BW). De gehoudenheid van de borg is afhankelijk van de geldigheid van de verbintenis van de hoofdschuldenaar: beroept deze zich bijvoorbeeld met succes op dwaling en gaat de hoofdverbintenis daardoor teniet, dan is de borg bevrijd. Naar aanleiding van een opmerking van Schoordijk is in de Memorie van Antwoord aan de Tweede Kamer bij gelegenheid van de behandeling van de Invoeringswetgeving de kwestie aan de orde gekomen of de verplichting van de bank onder een bankgarantie ook een hoofdelijke is naast de verplichting van de koper/opdrachtgever tot betaling van de koopprijs.¹³⁴ De Minister is van mening dat de artikelen 6:6 e.v. niet van toepassing zijn op de verplichting van de bank uit bankgarantie naast de verplichtingen van de opdrachtgever (cliënt) jegens de begunstigde:

'(..) dat een bankgarantie noch een borgtocht oplevert, noch tot een hoofdelijke medeverbondenheid van de bank leidt, doch dat de bank daarbij een zelfstandige betalingsverplichting van eigen aard op zich neemt met onder meer als gevolg dat zij zich jegens de begunstigde in beginsel niet kan beroepen op verweermiddelen, ontleend aan de verhouding tussen deze laatste en de opdrachtgever.'¹³⁵

133 Zie, in dezelfde zin als hier verdedigd, H.G.F.M. de Kok, *Regres en omslag in het NBW*, in: W.C.L. van der Grinten e.a. (red.), *Onderneming en nieuw burgerlijk recht*, Zwolle 1991, p. 285. Vgl. P. Clausing, NTBR 1992, p. 148 en J.H. Wansink, *De algemene aansprakelijkheidsverzekering*, 2e druk Zwolle 1994, p. 205, die geen van beiden duidelijk kiezen voor hoofdelijkheid. Tegen toepasselijkheid van art. 6:6 BW, zij het zonder nadere motivering anders dan verwijzing naar de evenzeer ongemotiveerde MvT (TK 1985-1986, 19 529, nr. 3, p. 33): Asser-Clausing-Wansink (1998), nr. 287 en C.C. van Dam, in: *Verzekering naar komend recht*, preadvies Vereniging Handelsrecht 1995, Zwolle 1995, p. 68.

134 Schoordijk, WPNR 5707 (1984), p. 485. Schoordijk sprak overigens over het accreditief en niet over de garantie.

135 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1204.

Afgezien van de omstandigheid dat 'de' bankgarantie niet bestaat en dus per geval moet worden geoordeeld over het karakter van de verschillende verbintenissen,¹³⁶ lijkt mij het betoog om ten minste twee redenen onjuist¹³⁷. In de eerste plaats is hoofdelijkheid *de conclusie* die men verbindt aan de gehoudenheid van meerdere personen tot dezelfde prestatie, wanneer uit bestudering van de verschillende verbintenissen deze identiteit is gebleken. De rechtsfiguur hoofdelijkheid is daarom niet vergelijkbaar met een overeenkomst van borgtocht, omdat de kwalificatie 'borgtocht' iets zegt over de inhoud van de prestatie van de borg.¹³⁸ Die inhoud kán vervolgens aanleiding geven tot de conclusie dat borg en hoofdschuldenaar hoofdelijk verbonden zijn (aldus inderdaad art. 7:850 lid 3 BW). Anders gezegd: borgtocht is oorzaak, hoofdelijkheid gevolg. Hetzelfde geldt overigens voor 'hoofdelijkheidsverklaringen' en dergelijke rechtshandelingen meer: ze zijn verbintenisscheppend en kunnen als zodanig leiden tot samenloop met de verbintenis van een ander.

In de tweede plaats steunt het betoog blijkbaar op de gedachte dat indien aan een van twee debiteuren geen beroep toekomt op de verweermiddelen van de andere, er geen sprake kan zijn van hoofdelijke medeverbondenheid. Zou dit juist zijn, dan zou hoofdelijkheid altijd *wederkerige afhankelijkheid* van de verbintenissen veronderstellen. Dit is bij hoofdelijkheid zeker niet regel, omdat de wet juist de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen centraal stelt.¹³⁹ Dat de borg een beroep toekomt op kort gezegd de zakelijke verweermiddelen van de hoofdschuldenaar, is niet een kenmerk van hoofdelijkheid maar van borgtocht.¹⁴⁰ Immers, de hoofdschuldenaar heeft als hoofdelijk debiteur omgekeerd geen beroep op de verweermiddelen van de borg. Zijn twee debiteuren als gevolg van een gezamenlijk gesloten geldlening hoofdelijk tot terugbetaling van dezelfde geldsom verbonden, met dien verstande dat de ene debiteur twee maanden langer respijt toekomt, dan

136 Zie HR 25-9-1998, NJ 1998, 892 (Haefner/ABN-Amro Bank), en concl. A-G Bakels, onder 2.5. Aldus reeds J.M.H.P. van Neer-van den Broek, WPNR 5787 (1986), p. 385. Minder genuanceerd in dit verband zijn Polak en Van Mierlo (1998), p. 142-143.

137 Bovendien staat het op zeer gespannen voet met hetgeen de T.M. Parl. Gesch. Boek 7, p. 430 over inroepbaarheid van verweermiddelen door mededebiteuren stelt.

138 Ook onjuist is de opmerking in Parl. Gesch. Boek 7, p. 419, dat borgtocht een species van hoofdelijkheid is. Vgl. C.J.M. Klaassen, WPNR 6316 (1998), p. 347 e.v. Onjuist lijkt mij ook de mening van C.E. du Perron, in *Pitlo - deel 6: bijzondere overeenkomsten*, 9e druk Arnhem 1995, p. 349, dat hoofdelijkheid zich onderscheidt van borgtocht in die zin dat de borg een verbintenis moet nakomen die hem in zijn verhouding tot de hoofdschuldenaar niet aangaat. De vraag of al of niet borgtocht bestaat, hangt af van de uitleg van de rechtshandeling tussen crediteur en borg. De verhouding borg-hoofdschuldenaar staat daar buiten. Vgl. in deze zin ook M.H.E. Rongen, *Securitisatie en vermogensafzondering van vorderingsrechten op naam*, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en effecten*, Deventer 1998, p. 454-455. Vgl. HR 25-9-1998, NJ 1998, 892 (Haefner/ABN-Amro Bank).

139 In de Duitse Motive, p. 157, wordt het andere uiterste verdedigd: accessorieit zou een *uitzondering* zijn op de hoofdregel van onafhankelijkheid van hoofdelijke verbintenissen.

140 Anders, naar ik begrijp, Asser-Kleijn (1988), nr. 189.

kan de ander uiteraard geen beroep doen op dat verweermiddel. Aan hoofdelijkheid staat dit echter niet in de weg.

Het is dus niet hoofdelijkheid die ertoe leidt dat men al of niet een beroep kan doen op verweermiddelen die de andere debiteur betreffen, maar het is de inhoud van de betreffende rechtsverhouding van de crediteur tot de twee hoofdelijk verbonden debiteuren die daar al of niet aanleiding toe geeft. De borg gaat een verbintenis aan die zoveel mogelijk aansluit bij de verbintenis van de hoofdschuldenaar, terwijl bij garantie en accreditief het zelfstandige karakter van de verplichting meer op de voorgrond staat.¹⁴¹

Bij het accreditief verschillen de voorwaarden waaronder bank en koper jegens de verkoper zijn gehouden; de verbintenis van de bank is onafhankelijk van de verbintenis uit de koopovereenkomst. De omstandigheid dat een bank die uit accreditief verplicht is, geen beroep toekomt op de verweermiddelen van zijn opdrachtgever uit de achterliggende koopovereenkomst, zegt echter niets over de kwalificatie 'hoofdelijkheid'.¹⁴² Het zegt alleen iets over de inhoud van de verplichting van de bank. Voor zover evenwel die inhoud overeenkomt met de inhoud van de verplichting van de koper jegens de verkoper, kan sprake zijn van hoofdelijkheid. Daarvoor is nodig dat betaling door de een, mede de ander bevrijdt. Dit is voor het accreditief geen uitgemaakte zaak: het ligt weliswaar voor de hand dat betaling door de bank mede de verbintenis van de koper teniet doet gaan, maar het is onduidelijk of betaling door de koper mede de verbintenis van de bank uit het accreditief delgt. Mogelijk geldt hier hetzelfde als bij voortijdige betaling door een subsidiair gehouden debiteur.¹⁴³ De nadere betalingsafspraken tussen koper en verkoper maakt dat de betalingsplicht van de koper subsidiair zal zijn ten opzichte van de betalingsplicht van de kredietopenende bank.¹⁴⁴ Betaalt de koper niettemin zelf, dan is deze betaling mede bevrijdend voor de bank, zo lijkt hieruit te volgen. Is men echter van mening dat uit de aard van het accreditief volgt dat de bank niet vermoeid behoort te worden met de vraag of de koper reeds zelf heeft betaald, en slechts bevrijd kan worden door haar eigen betalingshandeling, dan is betaling door de koper niet mede bevrijdend voor de bank en is dus ook geen sprake van hoofdelijkheid.

Bij de (nakomings)garantie is sprake van hoofdelijkheid.¹⁴⁵ Als de hoofdschuldenaar zich jegens zijn crediteur verplicht tot een bepaalde handeling en een derde stelt zich garant voor nakoming, dan wordt dit meestal zo uitgelegd dat de garant verplicht is tot vergoeding van de schade die de crediteur lijdt als de hoofdschulde-

141 Parl. Gesch. Boek 7, p. 418-420. Zie H.J. Pabbruwe, *Bankgarantie*, 3e druk Deventer 1998, p. 2-5. In vergelijkbare zin E. Wymeersch, *Borgtocht en garantie*, in: G. Baert e.a. (red.), *Liber Amicorum Jan Ronse*, Brussel 1986, p. 668.

142 Vgl. H.C.F. Schoordijk, WPNR 5707 (1984), p. 485.

143 Zie nader hiervoor par. 2.5.2.

144 Zie uitgebreid M.N. Boon, *Het documentaire accreditief*, Amsterdam 1988, p. 217 e.v.

145 Anders: Parl. Gesch. Boek 6, p. 100, Du Perron, a.w. (nt. 138), p. 349.

naar zijn verplichting niet nakomt. Inhoudelijk zijn de verplichtingen van hoofdschuldenaar en garant mogelijk niet identiek,¹⁴⁶ maar zij strekken tot hetzelfde. Heeft de garant de schade vergoed die is ontstaan door tekortkoming van de hoofdschuldenaar, dan is de crediteur bevredigd in zijn vermogen; hij kan nadien de hoofdschuldenaar noch tot prestatie noch tot schadevergoeding aanspreken. Voldoet daarentegen de hoofdschuldenaar, dan is ook de garant bevrijd. De prestaties hebben een identieke strekking en zijn daarmee hoofdelijk van aard.

Mijn conclusie is dat het al of niet onafhankelijke c.q. abstracte karakter van een verbintenis geen beslissende factor is voor het bestaan van hoofdelijkheid. Slechts ingeval men met de aanduiding 'abstract' wil zeggen dat betaling door een van meer debiteuren niet mede bevrijdend is voor de anderen, dan staat deze kwalificatie aan hoofdelijkheid in de weg.

2.5.4.3 *samenloop van inhoudelijk ongelijke verbintenissen*

De wederzijds bevrijdende werking kan zich ook voordoen indien de verschuldigde prestaties inhoudelijk niet gelijk zijn, maar wel strekken tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang van de crediteur. In Duitsland heeft men daarom aangenomen dat hoofdelijkheid zich ook kan voordoen bij inhoudelijk ongelijke prestaties. Richtinggevend is een uitspraak van het BGH uit 1968.¹⁴⁷ Een aanbesteder geeft aan een architect opdracht toezicht te houden op de bouwactiviteiten van de aannemer.¹⁴⁸ Door samenloop van een fout van de aannemer en onoplettendheid van de architect ontstaat een gebrekkig bouwwerk. De aannemer is in beginsel verplicht tot *herstel* van de fout,¹⁴⁹ terwijl de architect 'slechts' aangesproken kan worden tot *schadevergoeding* in geld. Inhoudelijk verschillen deze verplichtingen; niettemin meent het BGH dat er hoofdelijkheid is. Weliswaar zijn de primaire

146 Overigens kan men gerust van hoofdelijkheid spreken voor wat betreft de samenloop van de garantieplicht van B en de vervangende schadevergoedingsplicht die ex art. 6:74 BW op A kan komen te rusten na diens tekortkoming, maar dit terzijde.

147 BGH 19-12-1968, BGHZ 51, 275; de weg voor deze uitspraak werd al geëffend door BGH 9-7-1964, VersR 1964, p. 1048 en BGH 1-2-1965, BGHZ 43, 227. Vgl. ook BGH 29-6-1989, BGHZ 108, 179 en BGH 1-12-1994, BauR 1995, p. 231. Hoofdelijkheid werd tot 1964 nog afgewezen; zie Fikentscher (1997), rdnr. 631 i.f., Raisch (1965), p. 706, Goette (1974), p. 51, Von Olshausen (1988), p. 292 nt. 46 alsmede A. Eberz, BauR 1995, p. 442 en Wernecke (1990), p. 42.

148 Knacke, BauR 1985, p. 271, gebruikt – in navolging van G. Kaiser, BauR 1984, p. 36 – de term 'Teilschuld' ter aanduiding van het inhoudelijke verschil tussen de primaire verplichtingen van aannemer (bouwverplichting) en architect (toezicht). M.i. is het gebruik van de term 'Teilschuld' in die context onjuist: aannemer en architect zijn tot verschillende prestaties verplicht; er is dus geen sprake van dat 'mehrere eine teilbare Leistung schulden', zoals § 420 BGB als kenmerk van Teilschuld noemt. Vgl. Raisch (1965), p. 707 en Jürgens (1988), p. 13-14. Als Knacke: Eberz, t.a.p., p. 443.

149 De aannemer wordt pas dan tot schadevergoeding verplicht wanneer hij zijn herstellplicht verzuimt na te komen (§ 633 lid 2 j° 635 BGB); zie RGRK § 421 rdnr. 5.

verplichtingen inhoudelijk ongelijk, maar de strekking van de verplichtingen is dezelfde, namelijk voorkoming van vermogensnadeel. Men noemt dit wel de 'Identität des Leistungsinteresses'.¹⁵⁰ Doet zich schade voor, dan wijzigt het belang van de aanbesteder. De verplichtingen van aannemer en architect zijn niet langer gericht op het voorkomen, maar op het ongedaanmaken van schade. In zoverre behoren zij ook na de schadeveroorzaking tot een 'Zweckgemeinschaft' van inhoudelijk mogelijk verschillende verplichtingen.¹⁵¹ Herstelt de aannemer het gebrek, dan kan de architect niet langer tot schadevergoeding worden aangesproken door de aanbesteder. Betaalt de architect een schadevergoeding in geld, dan kan de aannemer niet tot herstel aangesproken worden. De prestaties zijn dus over en weer bevrijdend, hetgeen een wezenlijk kenmerk van hoofdelijkheid is. Volgens het BGH verzetten de bewoordingen van § 421 BGB zich niet tegen deze gelijkstelling van inhoudelijk ongelijke verbintenissen; de verplichtingen liggen immers 'hart an der Grenze zur inhaltlichen Gleichheit'.¹⁵² Conclusie van het BGH is dat aannemer en architect hoofdelijk verbonden zijn. Hoewel de inhoud van hun primaire verplichtingen mogelijk verschillend is, strekken beide verplichtingen tot wegneming van hetzelfde vermogensnadeel. Met recht kan men spreken van een 'Zweckgemeinschaft'.

Een mogelijk bezwaar tegen de opvatting van het BGH is dat het bepalen van de aard en omvang van regresvorderingen bezwaarlijk is indien de hoofdelijkheid bestaat uit samenlopende verbintenissen met verschillende inhoud. Dat bezwaar kleeft echter ook aan de hoofdelijke verbintenis tot verrichting van een ondeelbare prestatie; ook in dergelijke gevallen zal het regresrecht moeten worden uitgedrukt in een deelbare prestatie (lees: een aanspraak in geld).¹⁵³ De noodzaak van een dergelijke omrekening is met andere woorden geen onoverkomelijk obstakel voor hoofdelijkheid.

Hoofdelijkheid tussen aannemer en architect betekent in concreto dat wanneer de aannemer de schade herstelt, hij op grond van § 426 BGB (regresrecht) op de architect dat aandeel kan verhalen dat deze (omgerekend in geld) draagplichtig

150 Larenz I, p. 632-633; Selb (1984), p. 32; Raisch (1965), p. 704; Hillenkamp (1966), p. 46-47; Jürgens (1988), p. 14-15; Reinicke en Tiedtke (1988), p. 2, Münch. Komm. § 421 rdnr. 6. Zie ook Soergel § 421 rdnr. 8.

151 In de literatuur is in dit verband wel gesproken van een 'Tilgungsgemeinschaft'; per saldo betekent die term niet veel meer (en mogelijk zelfs minder) dan 'Zweckgemeinschaft'. Zie over e.e.a. Hillenkamp (1966), p. 49-60, Ehmann (1972), p. 67 e.v. en Jürgens (1988), p. 65 e.v.

152 BGH 1-2-1965, BGHZ 43, 227, op p. 233. Blijkbaar nog anders: BGH 9-7-1964, VersR 1964, p. 1048. Vgl. ook BGH 4-7-1985, BGHZ 51, 275, besproken door W. Selb, JZ 1986, p. 485, BGH 22-10-1992, BGHZ 120, 50, Hüffer (1971), p. 480 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 2-3. Zie voorts H. Wussow, VersR 1964, p. 805 e.v., die de grond voor hoofdelijkheid ziet in de inhoudelijk gelijke zorgplichten van architect en aannemer om het ontstaan van schade te voorkomen. Voor een andere verklaring van de beslissing van het BGH zie men Raisch (1965), p. 707.

153 Jürgens (1988), p. 15.

is. Vergoedt de architect de schade, dan kan hij regres nemen op de aannemer ten belope van het deel dat deze dient te dragen.

Naar mijn mening is hier sprake van een overtuigende beslissing van het BGH die ook voor Nederland navolging verdient.¹⁵⁴ Weliswaar lijkt het moeilijk om appels (de herstelplicht van de aannemer) met peren (de schadevergoedingsplicht van de architect) te vergelijken, maar het kan niet worden ontkend dat de verbintenissen een identieke strekking hebben en dat nakoming door de een mede de ander bevrijdt. Als beiden gehouden zijn tot een prestatie die een identieke waarde vertegenwoordigt in het vermogen van de crediteur, dan vloeit die bevrijdende werking naar mijn mening voort uit de hoofdelijkheid. Weliswaar zal deze hoofdelijkheid niet rechtstreeks kunnen worden gestoeld op art. 6:102 BW, maar zij sluit wel nauw aan bij art. 6:102 BW. In elk geval is hoofdelijkheid te gronden op de algemene regeling van art. 6:6 BW. Zou men namelijk hoofdelijkheid van inhoudelijk ongelijke prestaties ontkennen, dan zou de volgende vreemde situatie ontstaan. Hoofdelijkheid ex art. 6:102 bestaat namelijk wél in die gevallen waarin de opdrachtgever zijn recht op herstel (nakoming door de aannemer) omzet in een recht op vervangende schadevergoeding ex art. 6:87 BW. Het recht op herstel wordt dan geconverteerd in een schadevergoedingsrecht als bedoeld in art. 6:102 BW. Het is moeilijk te rijmen met het ruime toepassingsgebied van art. 6:102 en 6:6 BW om geen hoofdelijkheid aan te nemen vóór, maar wel ná deze conversie. De vervangende schadevergoeding vervult in het vermogen van de crediteur immers eenzelfde functie als de in eerste instantie verschuldigde prestatie. Ik kom hier in paragraaf 2.5.4.4 nog op terug.

Bovendien kan er op worden gewezen dat inhoudelijke ongelijkheid van de verschuldigde prestaties evenmin aan toepasselijkheid van art. 6:102 BW in de weg staat. Een voorbeeld, ontleend aan het arrest *Pos/Van den Bosch*¹⁵⁵, kan dit verduidelijken. Gesteld dat twee onguere neven tante Neeltje ertoe weten te bewegen de onroerende zaak over te dragen aan een hunner, en deze laatste neef wordt op grond van art. 6:103 BW veroordeeld tot overdracht van de zaak aan de benadeelde pachter, dan is sprake van voldoening aan de hoofdelijke schadevergoedingsverplichting. Ook als de andere neef slechts tot betaling van een som geld veroordeeld zou kunnen worden (omdat hij nu eenmaal geen eigendom van de zaak heeft), zijn de neven hoofdelijk verbonden en is de andere neef door overdracht van de onroerende zaak door de eigenaar gekwetten.

Ik concludeer dat hoofdelijkheid ook bestaat ingeval van inhoudelijk ongelijke prestaties, mits de prestaties eenzelfde strekking hebben; het gevolg is dat de prestatie van de een mede bevrijdende werking heeft voor de ander. Hoofdelijkheid

154 Ik laat hierbij graag in het midden of deze casus naar Nederlands aannemingsrecht aldus zou worden beslist.

155 HR 17-11-1967, NJ 1968, 42 nt. GJS.

doet zich in deze zienswijze voor indien de vorderingen weliswaar niet inhoudelijk gelijk zijn, maar in het vermogen van de crediteur wel een en dezelfde waarde vertegenwoordigen. Het begrip 'waarde' betreft in deze context overigens niet de boekhoudkundige waarde van een vordering, aangezien deze afhankelijk kan zijn van de gegoedheid van de debiteur. Veeleer wordt er gedoeld op de juridische waarde die elk van de twee of meer vorderingen in vermogen van de crediteur vertegenwoordigt, afgezien van de reële inbaarheid. Als bijvoorbeeld elk van twee of meer vorderingen ertoe strekt eenzelfde vermogensteruggang van de crediteur ongedaan te maken (denk aan de vordering op de laedens en de vordering op de schadeverzekeraar), dan is ingeval van betaling door de een, het vermogensbelang van de crediteur bevredigd en is mede de ander bevrijd. Het is die mogelijkheid van wederzijdse bevrijding die, anders dan bij cumulerende vorderingen, tot hoofdelijkheid aanleiding geeft.¹⁵⁶

2.5.4.4 (toevallig) samenlopende verbintenissen met verschillende rechtsgronden

Vroeger werd wel aangenomen dat verbintenissen die verschillende rechtsgronden hadden, om die reden geen hoofdelijke verbintenissen konden zijn.¹⁵⁷ Wat er zij van dit standpunt voor wat betreft het oude recht, voor het huidige recht kan het niet als juist worden aanvaard. In de eerste plaats kan gewezen worden op de in de wet geregelde gevallen van hoofdelijkheid; deze betreffen lang niet alle verbintenissen met een identieke rechtsgrond. Zo kunnen de schadevergoedingsverbintenissen als bedoeld in art. 6:102 BW uiteenlopende rechtsgronden hebben (bijv. onrechtmatige daad, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking). Daarnaast is het zo dat, indien een persoon op grond van de wet aansprakelijk is voor de contractuele verplichtingen van een ander, hoofdelijkheid ontstaat tussen de contractuele debiteur en een wettelijke debiteur.¹⁵⁸ In al deze gevallen verschillen de rechtsgronden voor de hoofdelijke verbintenissen. Daarvan is evenzeer sprake wanneer twee debiteuren zich onafhankelijk van elkaar – dat wil zeggen bij onderscheidenlijke rechtshandelingen – tot dezelfde, identieke prestatie hebben verplicht. Ook dan ontstaat hoofdelijkheid.¹⁵⁹

¹⁵⁶ Zo reeds voor het oude recht Loeff (1891), p. 67-68. Zie ook W. Zwaagstra, WPNR 1132 (1891), p. 514.

¹⁵⁷ Zie Asser-Van Goudoever (1913), p. 76, Hofmann (1932), p. 117, Van Brakel (1948), p. 316, Völlmar (1952), p. 117-118, H.K. Köster, VA 1971, p. 115 alsmede recentelijk concl. A-G Hartkamp sub 2, voor HR 18-5-1990, NJ 1991, 412 nt. MMM (CLBN/De Maes Janssens). Zie ook de in nt. 114 genoemde Duitse rechtspraak en literatuur.

¹⁵⁸ Ik noem slechts art. 1:85 (aansprakelijkheid voor huishoudschulden), art. 2:29 lid 4 (aansprakelijkheid bestuurders vereniging) en art. 8:461 en 462 j° 442 (aansprakelijkheid voor bepaalde contractuele schulden 'van het schip').

¹⁵⁹ Parl. Gesch. Boek 6, p. 98. Vgl. Polak-Van Mierlo (1998), p. 125-128, Rongen, t.a.p. (nt. 138), p. 453-458.

In de tweede plaats ontbreekt een redelijke grond voor het onderscheid. Ik wil dat hierna nader uiteenzetten aan de hand van twee samenloopgevallen: enerzijds de samenloop van verbintenissen uit schadeverzekeringsovereenkomst en onrechtmatige daad, anderzijds die van verbintenissen uit de wet en onrechtmatige daad.

Allereerst de samenloop van de verbintenis *ex contractu* van de schadeverzekeraar om schadepenningen uit te keren en de verbintenis *ex lege* van de laedens om de schade te vergoeden. Weliswaar zijn de vorderingen qua inhoud, omvang en rechtsgrond mogelijk niet (volledig) gelijk – het betreft betaling van geld ten titel van nakoming van een contractuele plicht respectievelijk betaling van geld ten titel van wettelijk verschuldigde schadevergoeding –, toch hebben ze dezelfde strekking. Ze strekken er elk toe dezelfde schadepost in het vermogen van de crediteur weg te nemen.¹⁶⁰ Dat volstaat mijns inziens voor hoofdelijkheid.¹⁶¹ In Duitsland denkt men daar anders over; er wordt algemeen aangenomen dat geen hoofdelijkheid bestaat tussen schadeverzekeraar en laedens.¹⁶² Een van de verklaringen daarvoor is dat de verbintenissen ‘ungleichstufig’ zijn, aangezien de laedens – gegeven de volledige subrogatie van de verzekeraar in de rechten van de benadeelde – in zijn verhouding tot de verzekeraar volledig draagplichtig is. Dit argument is in de literatuur voldoende weerlegd met de vaststelling dat ‘Gesamtschuld’ heel wel kan samengaan met volledige draagplicht van een van de debiteuren.¹⁶³ Vanuit het perspectief van de ‘Zweckgemeinschaft’ is zelfs veel te zeggen voor hoofdelijkheid van schadeverzekeraar en laedens. Een niet-draagplichtige hoofdelijk verbonden debiteur zoals een schadeverzekeraar, kan dan na betaling een eigen regresrecht uitoefenen (§ 426 lid 1 BGB) en wordt in zoverre tevens gesubrogeerd (§ 426 lid 2).

De Nederlandse auteurs die zich hebben uitgelaten over deze kwestie, volstaan veelal met de vaststelling dat de verplichting van de schadeverzekeraar niet betreft een *wettelijke* verplichting tot schadevergoeding, en dat om die reden art. 6:102 BW niet van toepassing is.¹⁶⁴ Dit is correct: vestiging en omvang van de

160 Zie nader de beschouwingen van L. Dommering-van Rongen, Schadevergoeding en verzekering, in: *In volle verzekerdheid* (Van Wassenae van Catwijck-bundel), Zwolle 1993, p. 237 e.v.

161 In gelijke zin Loeff (1891), p. 67-68, Leonhard (1929), p. 732 e.v., Heck, a.w. (nt. 93), p. 240, Hartmann (1942), p. 101-114, Boecken en Von Sonntag, t.a.p. (nt. 119), p. 9-10. Zie ook Last (1908), p. 39 e.v. Vgl. voorts, zij het onduidelijk, Erman § 424 rdnr. 1 en Alt.komm. § 424 rdnr. 1.

162 Zie RGRK § 421 rdnr. 8, Selb (1984), p. 42, Fikentscher (1997), rdnr. 631, Hillenkamp (1966), p. 32-33, Jürgens (1988), p. 51, Wernecke (1990), p. 37 met verwijzingen in nt. 9. Zie ook W. Theda, DAR 1984, p. 201.

163 Ehmann (1972), p. 233-234, Münchbach (1976), p. 80 e.v. Vgl. Larenz I, p. 634, Esser-Schmidt (1993), p. 323, Erman § 421 rdnr. 1, Hillenkamp (1966), p. 52, p. 135 e.v., Rüßmann (1974), p. 294 en Raisch (1965), p. 705.

164 P. Clausing, NTBR 1992, p. 148, Asser-Hartkamp I (1996), nr. 99.

aansprakelijkheid van de laedens worden door de wet bepaald en de verplichting van de schadeverzekeraar wordt gebaseerd op en geregeerd door de inhoud van de verzekeringsovereenkomst. De totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:6 BW laat de mogelijkheid open van analoge toepassing van de hoofdelijkheidsregels.¹⁶⁵ Ik zou verder willen gaan en stellen dat rechtstreekse toepasselijkheid van deze regels meer voor de hand ligt. Zou namelijk geen hoofdelijkheid tussen schadeverzekeraar en aansprakelijke worden aangenomen, dan ontstaat de vreemde situatie dat bij verzuim van de schadeverzekeraar in de zin van art. 6:81 BW, gevolgd door een omzettingsmededeling van de verzekerde in de zin van art. 6:87 BW, de schadeverzekeraar plots wél hoofdelijk verbonden raakt met de laedens. Immers, dan is ook hij tot wettelijke schadevergoeding verplicht, bestaande uit de schade door niet-nakoming van zijn contractuele plichten. Voor zover die schade bestaat uit het bedrag dat hij contractueel verschuldigd was, is na omzetting ex art. 6:87 ineens wel sprake van een samenloop die ex art. 6:102 tot hoofdelijkheid aanleiding geeft. Door de enkele wijziging van de titel voor betaling zou hoofdelijkheid ex art. 6:102 BW ontstaan, die voorheen niet zou bestaan. Voor dat verschil bestaat geen rechtvaardiging; mede daarom meen ik dat de hoofdelijkheidsfiguur *ab initio* toegepast moet worden.

Het tweede samenloopgeval betreft een wettelijke verbintenis tot betaling van een geldsom ter fine van nakoming van een fiscale verplichting enerzijds en een verbintenis tot betaling van een geldsom ten titel van schadevergoeding anderzijds. In het arrest *Van Maarseveen/Ontvanger* komt een dergelijke samenloop aan de orde. Een BV is debiteur van een wettelijke verbintenis tot betaling van een belastingsschuld; een 'handelaar' in BV's bewerkstelligt door een combinatie van verschillende transacties dat de BV grote belastingsschulden opbouwt, maar voor deze schulden geen enkel verhaal biedt. Gesteld nu dat de persoon die aldus handelt, een onrechtmatige daad pleegt jegens de fiscus, dan is hij aansprakelijk voor de schade van de fiscus. Deze schade bestaat in de oninbaarheid van de belastingsschulden van de BV. In het arrest *Van Maarseveen/Ontvanger* werd aan de hand van een dergelijke casus de vraag aan de Hoge Raad voorgelegd of na betaling van schadevergoeding de invordering bij de belastingdebiteur nog tot de mogelijkheden behoorde.¹⁶⁶ De Hoge Raad beantwoordde deze vraag ontkennend:

'De omstandigheid dat de vordering van de Ontvanger niet strekt tot directe of indirecte invordering van de belastingsschulden van de vennootschappen, neemt niet weg dat, voor zover de M-groep (de pleger van de onrechtmatige daad, WvB) de voormelde door de Ontvanger geleden schade vergoedt, die belastingsschulden tenietgaan. Die schade bestaat immers uit de bedragen ten

¹⁶⁵ Parl. Gesch. Boek 6, p. 93.

¹⁶⁶ HR 28-6-1996, NJ 1997, 102 nt. J.W. Zwemmer (*Van Maarseveen/Ontvanger*).

aanzien waarvan de Ontvanger als gevolg van de gedragingen van de M-groep is beroofd van de mogelijkheid om die belastingschulden in te vorderen, met name door voor die belastingschulden op die vennootschappen verhaal te nemen.’

De Hoge Raad geeft hiermee aan dat indien er een samenloop is van een wettelijke verbintenis tot betaling van een geldsom ten titel van belastingheffing en een wettelijke verbintenis tot vergoeding van schade wegens oninbaarheid van deze belastingschuld, betaling van de laatste schuld het tenietgaan van de eerste ten gevolge heeft. Dat ligt ook voor de hand: beide vorderingen strekken ertoe hetzelfde vermogensbelang van de fiscus te bevredigen. Zouden de vorderingen cumuleren, dan zou de fiscus in theorie (te weten indien de betreffende BV later alsnog verhaal blijkt te bieden) tweemaal de belastingschuld kunnen innen en daarmee zonder grond worden verrijkt.¹⁶⁷ Om die reden is het vanzelfsprekend dat betaling door de aansprakelijke het tenietgaan van de primaire belastingschuld ten gevolge heeft.

In de hier geschetste samenloop van verbintenissen is mijns inziens hoofdelijkheid te ontwaren.¹⁶⁸ Partijen zijn op zodanige wijze tot inhoudelijk vergelijkbare prestaties gehouden dat voldoening door de een mede bevrijding van de ander inhoudt. Dat de een tot betaling is gehouden ten titel van belasting, de ander ten titel van schadevergoeding, doet daar niet aan af.

De Hoge Raad heeft echter in de geschetste samenloop geen hoofdelijkheid ontdekt. Hij vervolgt namelijk:

‘Het afdwingen van vergoeding ter zake van zodanig gederfd verhaal dient, voor wat betreft de gevolgen met betrekking tot die belastingschulden, gelijk te worden gesteld met op die vennootschappen zelf genomen verhaal, hetgeen leidt tot (overeenkomstige) toepassing van art. 3:297 BW. Daarbij verdient nog slechts aantekening dat vergoeding van schade als de onderhavige door een derde die op dezelfde wijze als de M-groep onrechtmatig handelde, in het algemeen zal leiden tot een regresvordering van die derde op de belastingplichtige, welke vordering van belang kan worden in het niet bij voorbaat geheel uit te sluiten geval dat de belastingplichtige naderhand toch nog enig verhaal blijkt te bieden, (en welke? WvB) afhankelijk zal zijn van hun onderlinge verhouding en zonodig kan worden gegrond op art. 6:212 BW.’

167 Zo ook A-G Bloembergen, conclusie onder 5.3.

168 A-G Bloembergen is voorzichtiger in zijn conclusie onder 5.3, maar zoekt wel steun in de regeling van de hoofdelijkheid. Anders dan F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering*, diss. Tilburg 1998, p. 296, ben ik echter niet van mening dat hier art. 6:102 BW toepasselijk zou zijn. De belastingdebiteur is immers niet aansprakelijk voor schade, maar is een belastingschuld verschuldigd. Derhalve is hier art. 6:6 BW van toepassing.

Wat art. 3:297 BW met deze kwestie van doen heeft, is onduidelijk.¹⁶⁹ Bedoeld zal zijn een wettelijk aanknopingspunt te noemen voor de delgende werking van de betaling door de ene debiteur ten aanzien van de schuld die de andere had. Dat heeft evenwel weinig te maken met de regeling die art. 3:297 BW geeft. Hoe dat ook zij, de Hoge Raad overweegt dat een eventuele regresvordering van de M-groep op de belastingdebiteur kan worden gegrond op de actie uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW). De Raad lijkt daarmee te kiezen voor niet-toepasselijkheid van art. 6:6 BW. Toepasselijkheid van de regels inzake hoofdelijkheid zou namelijk tot verwijzing naar de regresbepaling van art. 6:10 BW nopen. Uit het feit dat de Hoge Raad dit niet doet en integendeel expliciet verwijst naar de regeling van de ongerechtvaardigde verrijking, leid ik af dat geen hoofdelijkheid is aangenomen. Het lijkt er op dat de deur voor (analoge) toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid, die in de Toelichting Meijers nog werd opengehouden, met deze uitspraak van de Hoge Raad vrijwel geheel is dichtgedaan.

Mijns inziens lag toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid voor de hand, nu beide partijen tot prestaties waren gehouden die hetzelfde vermogensbelang van de fiscus moesten bevredigen, en daarom betaling door de een mede bevrijdend was voor de ander. Daarmee zijn zij gehouden tot dezelfde prestatie in de zin van art. 6:6 BW en hoofdelijk verbonden.¹⁷⁰

2.5.5 conclusie: ruime toepassing van hoofdelijkheid

Bij Hartkamp valt terughoudendheid te bespeuren als het gaat om de vraag of elke samenloop tot hoofdelijkheid leidt.¹⁷¹ Hartkamp stelt namelijk dat de uitbreiding haar grens vindt in hetgeen de artikelen 6:6 lid 2 en 102 BW bepalen. Is geen sprake van twee of meer wettelijke schadevergoedingsverbintenissen, dan kan alleen sprake zijn van hoofdelijkheid als het betreft aansprakelijkheid ten aanzien van *een zelfde schuld*. Art. 6:6 lid 2 strekt, zo meent Hartkamp met een beroep op de totstandkomingsgeschiedenis, niet mede ertoe om steeds wanneer meer personen dezelfde prestatie verschuldigd zijn, hoofdelijkheid in het leven te roepen.¹⁷² Diezelfde totstandkomingsgeschiedenis acht het echter onbezwaarlijk om de regels van hoofdelijkheid per analogie toe te passen. De bezwaren tegen hoofdelijkheid zijn in de ogen van de wetgever derhalve niet van principiële aard; veeleer lijkt het

169 Zie ook P.J. Wattel, WPNR 6243 (1996), p. 796 en F.M.J. Verstijlen, *De faillissementscurator*, diss. Tilburg 1998, p. 386.

170 Vgl. Schoordijk (1979), p. 79, die voor een geval van samenloop van een contractuele verbintenis tot betaling van een geldsom en een wettelijke verbintenis tot schadevergoeding voorzichtig ('Er valt wat voor te zeggen.') toepassing van de hoofdelijkheidsfiguur oppert.

171 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 100.

172 Het tegenovergestelde lijkt evenwel te worden verdedigd door W. Snijders, Regres en omslag bij hoofdelijkheid, in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 377.

er op dat de wetgever uit voorzichtigheid heeft nagelaten de hoofdelijkheidsfiguur rechtstreeks en onvoorwaardelijk toe te passen op alle vormen van samenloop. Diezelfde voorzichtigheid lijkt door te klinken in de uitspraak van de Hoge Raad inzake *Van Maarseveen/Ontvanger*. In het voorgaande heb ik een ruime opvatting van het begrip hoofdelijkheid verdedigd, die – het zal niet verbazen – tot een ruimer toepassingsbereik van de wettelijke regels inzake hoofdelijkheid leidt. De strekking van de samenlopende verbintenissen dient daarbij centraal te staan. Een dergelijke ruime opvatting kan onbezwaarlijk worden gevolgd, aangezien de uitwerking van de hoofdelijkheid in ons wetboek zo soepel is dat aan elke samenloop recht kan worden gedaan.

Ik voeg hier nog aan toe dat het belangrijkste argument dat in ons land wordt aangevoerd tegen bijvoorbeeld hoofdelijkheid van schadeverzekeraar en laedens, te weten dat het niet ‘een zelfde schuld’ betreft, al in de eerste paragrafen van dit hoofdstuk sneuvelde.¹⁷³ Meent men met mij dat de uniteitsleer voor ons recht verworpen dient te worden, dan concludeert men dat in art. 6:6 BW niet zozeer sprake is van ‘een zelfde schuld’, maar van ‘een zelfde prestatie’. Men lette daarom niet te zeer op de letterlijke bewoordingen van art. 6:6 BW. Aanvaardt men mijn hiervoor in paragraaf 2.5 uiteengezette afbakening van de ‘identiteit van strekking’, dan is de conclusie dat hoofdelijkheid zich steeds voordoet wanneer van twee of meer personen elk gehouden is een prestatie te verrichten die meestal inhoudelijk identiek aan de andere prestatie(s) is, maar soms ook slechts een identieke, één en dezelfde, waarde als de andere prestaties vertegenwoordigt in het vermogen van de crediteur. Dit verklaart waarom nakoming door de een mede de ander van zijn verbintenis bevrijdt. Voorts is gebleken dat voor hoofdelijkheid niet noodzakelijk is dat de debiteuren uit dezelfde rechtsgrond tot hun prestatie gehouden zijn of dat er op voorhand een specifieke relatie tussen de debiteuren bestaat.

De debiteuren staan door de wederzijdse mogelijkheid van bevrijding in een onderlinge rechtsverhouding tot elkaar die aanleiding kan geven tot de plicht om een bijdrage te doen in de verrichte prestatie. Als regel heeft de crediteur het recht zelf de debiteur uit te kiezen die hij wil aanspreken, maar hierop bestaan contractuele en wettelijke uitzonderingen, zoals (opschortende) voorwaarde, subsidiariteit en tijdsbepaling. Dergelijke uitzonderingen staan niet in de weg aan het bestaan van hoofdelijkheid. Overigens kunnen ze naast het wegvallen van het keuzerecht van de crediteur, wel gevolgen hebben voor de interne verhouding van de debiteuren. Daarover nader in paragraaf 5.2.

¹⁷³ Zie par. 2.3.

Externe rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid

3.1 Inleiding: tussen onafhankelijkheid en lotsverbondenheid

In het vorige hoofdstuk bleek dat de Nieuw BW-wetgever zich ten doel stelde het onderscheid tussen hoofdelijkheid en de toevallige samenloop van verbintenissen zoveel mogelijk weg te nemen. Dit doel werd bereikt door de lotsverbondenheid van de hoofdelijk verbonden debiteuren tot een minimum te beperken; met name werd de ‘Gesamtwirkung’ van bepaalde rechtsfeiten ten nadele van de debiteuren geëcarteerd. Naar huidig recht heeft bijvoorbeeld het verzuim of de stuiting van de verjaring in de verhouding van de crediteur tot een van de debiteuren in beginsel geen werking ten nadele van de andere debiteuren.¹ Elk van de debiteuren moet afzonderlijk in verzuim worden gebracht, de verjaring van elke verbintenis moet afzonderlijk worden gestuit.

Het is een goede keuze van de wetgever geweest om in plaats van vergaande lotsverbondenheid, zoals die onder oud recht gold, integendeel zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen tot uitgangspunt te nemen. Maar er zijn gevallen denkbaar waarin lotsverbondenheid juist wel voor de hand ligt. De ene verschijningsvorm van hoofdelijkheid is immers de andere niet;² hoofdelijkheid kan afhankelijk van de ontstaansgrond, de specifieke rechtsverhouding van debiteuren onderling en/of de rechtsverhouding tot de crediteur, een meer ‘correaal’ karakter vertonen of juist meer neigen naar toevallige samenloop van verbintenissen. De regeling van de hoofdelijkheid in ons wetboek is zo flexibel van opzet, dat differentiatie, waar deze nodig en wenselijk is, tot de mogelijkheden behoort.

In de volgende paragrafen worden een aantal rechtsfeiten belicht die zich in de verhouding van de crediteur tot een van de debiteuren kunnen voordoen, zoals betaling, verzuim en verjaring. Steeds wordt daarbij de vraag gesteld wat de gevolgen van het desbetreffende rechtsfeit zijn voor de andere hoofdelijke verbintenissen. Worden de andere verbintenissen ongemoeid gelaten, kunnen de andere debiteuren in een slechtere positie worden gebracht of wordt hun ‘last’ juist verlicht? Blijken zal dat steeds moet worden gekozen tussen onafhankelijkheid en lotsverbondenheid. Nu eens is het de wetgever die uitdrukkelijk kiest, maar vaak zal ook uit de rechtsverhouding van partijen onderling, of uit de aard van de hoofdelijkheidsfiguur een bepaalde keuze spreken.

1 Parl. Gesch. Boek 6, p. 94-95.

2 Vgl. Kerr Wylie (1923), p. 1-2.

3.2 Betaling en aanverwante handelingen

3.2.1 bevrijding door betaling

In het vorige hoofdstuk kwam naar voren dat de bevrijdende werking van de betaling door een van de debiteuren ten behoeve van de andere debiteur(en) het meest wezenlijke kenmerk van hoofdelijkheid is. Art. 6:7 lid 2 BW geeft dan ook aan dat nakoming door een der schuldenaren tevens zijn medeschuldenaren bevrijdt tegenover de schuldeiser. De verklaring hiervoor is dat de crediteur door de ene prestatie in hetzelfde vermogensbelang is bevredigd als waartoe de andere prestatieplicht strekte.³ Nu het uiteindelijke doel van beide verbintenissen, te weten bevrediging van dat vermogensbelang, is bereikt, bestaat het object van de verbintenis niet langer en gaat de verbintenis teniet.⁴

Het tenietgaan van de verbintenis tengevolge van de prestatie door de andere hoofdelijke debiteur doet denken aan het tenietgaan van een schuld als gevolg van betaling door een derde als bedoeld in art. 6:30 BW, maar moet daar om verschillende redenen niet mee worden geassocieerd.⁵ De hoofdelijke debiteur die voldoet, komt niet primair de verbintenis van een ander na, doch vervult in de eerste plaats zijn eigen prestatieplicht. Daarnaast vooronderstelt art. 6:30 BW dat degene die betaalt, zich ervan bewust is de schuld van een ander te voldoen.⁶ Afgezien van de omstandigheid dat de hoofdelijke debiteur zijn eigen verbintenis nakomt, kan art. 6:30 BW ook daarom niet worden toegepast, nu aan het bewustheidsvereiste lang niet altijd voldaan zal zijn, met name dan niet als de debiteur niet weet dat anderen met hem tot dezelfde prestatie zijn gehouden.⁷ Voorts ziet art. 6:30 op gevallen waarin sprake is van één verbintenis die door een ander dan de debiteur wordt nagekomen; het moge naar aanleiding van hoofdstuk 1 duidelijk zijn dat hoofdelijkheid meerdere verbintenissen en dus meerdere debiteuren betreft.

Het voorgaande laat uiteraard onverlet dat betaling van een hoofdelijk verschuldigde prestatie kan plaatsvinden door een 'echte' derde in de zin van art. 6:30 BW. Betaling door een derde geldt als nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW: zij bevrijdt alle hoofdelijke debiteuren. Betaling door een derde doet de vraag rijzen wie van de debiteuren door de betaling is of zijn bevrijd in hun verhouding tot de crediteur. Naar mijn mening komt het er slechts op aan of de prestatie van de derde mag worden beschouwd als een (bewuste) nakoming van

3 Vgl. R.H. van Erp, WPNR 6002 (1991), p. 258, die art. 6:7 BW beschouwt als een uitzondering op de regel dat de hoofdelijke verbintenissen zelfstandig van aard zijn.

4 Zie ook hiervoor, par. 2.5.4.4.

5 Zo ook Asser-Hartkamp I (1996), nr. 191.

6 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 192.

7 Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-8.

de hoofdelijk verschuldigde prestatie. Is dat het geval, dan zijn alle debiteuren bevrijd. De vervolgvraag voor wie de derde de prestatie verrichtte, is uiteraard van belang voor eventueel regres tussen de hoofdelijke debiteuren onderling.⁸ Bij de beantwoording van die vervolgvraag komt het niet zozeer aan op de uitleg van de betalingshandeling, maar veeleer op de duiding van de eventuele rechtsverhouding van de derde tot een of meer van de debiteuren. Om te kunnen spreken van rechtsgeldige betaling door een derde is immers niet vereist dat het de crediteur duidelijk is dat de derde bijvoorbeeld bij wijze van materiële schenking betaalt voor hoofdelijk debiteur A; niettemin heeft deze intentie van de derde gevolgen voor het regres van A op de draagplichtige mededebiteuren B en C.

3.2.2 bevrijding bij ongelijke verbintenissen

Hoofdelijkheid kan zich voordoen, ook al zijn de verbintenissen inhoudelijk niet gelijk, bijvoorbeeld doordat A tot betaling van *f* 1000,- is gehouden en de andere debiteur B zich medeverbonden heeft verklaard tot een bedrag van *f* 500,-. Het is uiteraard zaak om te achterhalen waartoe B zich exact heeft verplicht. Alleen indien zijn verplichting om *f* 500,- te betalen hetzelfde vermogensbelang van de crediteur betreft als dat tot bevrediging waarvan de verplichting van A strekt, is sprake van een (gedeeltelijke) samenloop. Betaalt A in het voorbeeld *f* 400,-, dan gaan beide schulden in zoverre teniet en is A voortaan tot *f* 600,- en B tot *f* 100,- gehouden. Pas als A meer voldoet dan *f* 500,-, is B volledig bevrijd van zijn verbintenis.⁹

Een ander voorbeeld van dit probleem biedt art. 1:102 BW. Art. 1:102 luidt:

Na ontbinding van de gemeenschap blijft ieder der echtgenoten voor het geheel aansprakelijk voor de gemeenschapsschulden, waarvoor hij voordien aansprakelijk was. Voor de andere schulden van de gemeenschap is hij voor de helft aansprakelijk; voor dat gedeelte der schuld is hij hoofdelijk met de andere echtgenoot verbonden.

Stel nu dat A een gemeenschapsschuld van 100 aangaat. Na ontbinding van de gemeenschap blijft echtgenote B voor 50 aansprakelijk. De vraag is wat de invloed van deelbetalingen door A is op de aansprakelijkheid van B. In de Memorie van Toelichting wordt als voorbeeld gegeven het geval dat A van de schuld 40 voldoet. De strekking van de wetbepaling is dat in dergelijke gevallen B nog voor 50 kan

8 Een eventueel verhaal van de derde-betaler op een of meer hoofdelijke debiteuren valt buiten het bereik van het regresrecht bij hoofdelijkheid. Zie over mogelijke rechtsgronden bijv. Asser-Hartkamp I (1996), nr. 194, De Kok (1965), p. 110, H.C.F. Schoordijk, RM Themis 1967, p. 113 e.v., dezelfde, RM Themis 1967, p. 147 e.v., Palandt § 267 rdnr. 7 en J. Gernhuber, *Die Erfüllung und ihre Surrogate*, Tübingen 1983, p. 430.

9 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 105.

worden aangesproken.¹⁰ De deelbetaling door A wordt dus dwingend toegerekend aan het deel waarvoor hij alleen aansprakelijk is. Voldoet A 60, dan zal B dus nog voor 40 kunnen worden aangesproken.¹¹

De ongelijkheid van verbintenissen kan behalve de omvang ook de inhoud betreffen. Als de hoofdelijke verbintenissen inhoudelijk ongelijksoortig zijn, maar wel ertoe strekken hetzelfde vermogensbelang te bevredigen, dan moet mijns inziens een waardering van de prestaties plaatsvinden om uit te maken of een volledige uitwisselbaarheid bestaat. Men denke aan het eerder gegeven voorbeeld van de aannemer en de architect: een aannemer is mede ten gevolge van onoplettendheid van de toezichhoudende architect verplicht verbeteringen in het bouwwerk aan te brengen, terwijl de opdrachtgever ook de architect zou kunnen aanspreken tot vergoeding van de schade. Deze prestaties zijn qua aard ongelijksoortig, doch bevredigen hetzelfde vermogensbelang van de opdrachtgever. Omdat zij dezelfde strekking hebben, zijn zij hoofdelijk van aard. Om te kunnen uitmaken of en zo ja, in hoeverre herstel door de aannemer mede de architect bevrijdt, moeten de prestaties eerst worden uitgedrukt in een gelijksoortige rekeneenheid die vergelijking mogelijk maakt. De wet gaat voor het regres uit van een eventuele 'omrekening' naar geldvorderingen;¹² dit geldt, zo zou ik menen, ook voor de bevrijdende werking van de prestatie door een van beiden. De waarde die de verschillende prestaties hebben, kan in geld worden uitgedrukt. Het lijkt aannemelijk om de dag van omrekening gelijk te stellen met de dag waarop een van de debiteuren de verschuldigde prestatie verricht.

3.2.3 *bevrijding door verrekening*

Art. 6:7 lid 2 BW bepaalt dat niet alleen nakoming, maar ook verrekening door een van de debiteuren delgende werking heeft ten behoeve van alle hoofdelijke debiteuren. Deze delging treedt alleen op als aan de vereisten voor een geldig beroep op verrekening is voldaan: de betreffende debiteur moet de bevoegdheid tot verrekening hebben volgens de artikelen 6:127 e.v. BW en hij moet een verrekeningsverklaring uitbrengen. De bevoegdheid tot het uitbrengen van deze verklaring berust in de regel slechts bij de betreffende debiteur.¹³ De andere

10 Parl. Gesch. Wijziging BW, p. 64.

11 Aldus ook Klaassen-Eggens-Luijten, *Huwelijksgoederenrecht*, 11e druk Zwolle 1994, p. 172-173. Vgl. Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, 15e druk Deventer 1998, nr. 365.

12 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 109.

13 Parl. Gesch. Boek 6, p. 100. Vgl. ook art. 1466 BW (oud). Dit is overigens anders als een hoofdelijke debiteur op grond van een specifieke vertegenwoordigingsbevoegdheid (mede) rechten van andere debiteuren kan uitoefenen, zoals bijv. ex art. 17 K. bij de v.o.f. het geval is. Zie Asser-Maeijer, *Bijzondere overeenkomsten V*, 6e druk Zwolle 1995, nr. 178. Een vergelijkbare regel gold voor de Romeinse 'societas'; zie Loeff (1891), p. 170 en Motive, p. 162-163.

hoofdelijke debiteuren kunnen niet – hoezeer zij ook belang hebben bij deze verklaring – de verklaring te hunnen behoeve uitbrengen.¹⁴ Zij kunnen de verrekeningsbevoegde debiteur natuurlijk wel verzoeken om tot verrekening over te gaan.¹⁵ Is de verrekeningsverklaring uitgebracht, dan zijn alle debiteuren in zoverre van hun schuld bevrijd. Zij kunnen zich alsdan beroepen op de delging van (ook) hun verbintenis.¹⁶

Op het uitgangspunt dat de verrekeningsbevoegde debiteur tegenover zijn mede-debiteuren niet verplicht is om tot verrekening over te gaan, dient mijns inziens reeds spoedig uitzondering te worden gemaakt. Een dergelijke gehoudenheid jegens de mededebiteuren om te verrekenen, gegrond op art. 6:8 BW, kan bijvoorbeeld rijzen als uitblijven van verrekening ertoe zou leiden dat de crediteur verhaal neemt op een andere debiteur, die ten opzichte van de verrekeningsbevoegde niet (geheel) draagplichtig is. Voor een dergelijk geval zou ik deze laatste verplicht achten om tot verrekening over te gaan. Zou zulks anders zijn, dan zou de niet-draagplichtige debiteur in zoverre onnodig betaling 'voorschieten' voor de debiteur die door verrekening op onbezwaarlijke wijze zijn draagplicht kan effectueren. Is de niet-draagplichtige debiteur ook tegenover de crediteur geholpen met deze gehoudenheid om tot verrekening over te gaan? In beginsel heeft de crediteur geen boodschap aan de omstandigheid dat een andere dan de tot betaling aangesproken debiteur verrekeningsbevoegd is. De crediteur is immers vrij om te kiezen welke debiteur hij tot nakoming zal aanspreken.

Deze keuzevrijheid kent echter grenzen; als geen redelijk belang is gediend bij doorzetting van de betreffende aanspraak en verrekening door of jegens de andere debiteur de meest voor de hand liggende betalingswijze is, dan moet daar een weg voor worden gevonden. In de eerste plaats zou men de niet-draagplichtige debiteur kunnen toestaan om de verrekeningsbevoegdheid van zijn mede-debiteur uit te oefenen. Alhoewel de reële executie van art. 3:300 BW de mogelijkheid hiertoe biedt, moet mijns inziens uiterst terughoudend worden omgesprongen met toekenning van een dergelijke bevoegdheid. Alleen als zonneklaar is dat de weigerachtige debiteur (volledig) draagplichtig is ten opzichte van de debiteur die

14 Aldus uitdrukkelijk art. 1466 lid 2 BW (oud) en § 422, tweede lid, BGB. Reinicke en Tiedtke (1988), p. 41. Selb (1984), p. 68 en Prediger (1988), p. 10 wijzen er voor het Duitse recht op dat deze bepaling slechts herhaalt wat al volgt uit het vereiste van wederzijds schuldenaar- en schuldeiserschap van § 387 BGB. Vgl. ook Alt.komm. § 422 rdnr. 1 en Erman § 422 rdnr. 2. Anders naar oud recht voor wat betreft de borg: art. 1466 lid 1 BW (oud). Zie thans het opschortingsrecht in art. 6:139 BW; daarover verderop in deze paragraaf meer.

15 Blijkens HR 9-1-1931, NJ 1931, 378 nt. EMM (Kolschoten q.q./slager Heijs) kan de crediteur een dergelijke betaling door verrekening niet weigeren.

16 Parl. Gesch. Boek 6, p. 100, Hof Leeuwarden 2-1-1935, NJ 1935, 1382 (Eleveld/Leeuwerke e.a.). Zie Loeff (1891), p. 176, Hofmann-Van Opstall (1976), p. 479. Vgl. Erman § 422 rdnr. 4, alsmede het Franse recht, alwaar verrekening van rechtswege geschiedt zodat debiteuren 'in solidum' per saldo een beroep toekomt op verrekening met een vordering van een mededebiteur. Voor de 'solidarité' is deze mogelijkheid evenwel uitgesloten (art. 1294 3° C.C.; art. 1466 lid 2 BW (oud)). Zie over e.e.a. Malaurie-Aynès (1996), nrs. 1153, 1170.

uitoefening van de verrekeningsbevoegdheid vordert, en de weigerachtige debiteur geen redelijk belang, althans geen zwaarwegend belang heeft bij zijn weigering, zou (al dan niet gehele) toewijzing in de rede liggen.

In de tweede plaats zou men het de niet-draagplichtige debiteur toegestaan kunnen achten om tegen de vordering van de crediteur om tot betaling over te gaan in te brengen dat deze in strijd met redelijkheid en billijkheid (art. 6:2 BW) handelt door niet zelf gebruik te maken van zijn (crediteur's) verrekeningsbevoegdheid. Een dergelijk verwijt, dat grenst aan het verwijt van misbruik van recht (art. 3:13 BW), klinkt bijvoorbeeld ook door in art. 6:139 BW. Daarin is bepaald dat de borg die tot betaling wordt aangesproken, zijn betalingsplicht kan opschorten met een beroep op het feit dat de crediteur het in zijn macht heeft (gehad) om eigenmachtig voldoening te bewerkstelligen - zonder daarbij de borg te betrekken - door middel van verrekening jegens de hoofdschuldenaar. Een soortgelijk verweer komt mijns inziens toe aan de tot betaling aangesproken debiteur, indien en voor zover deze, net als de borg, vrij van draagplicht is ten opzichte van de debiteur met wie de crediteur kan verrekenen.

3.2.4 *deelbetaling en ontslag uit hoofdelijkheid*

Als de prestatie waartoe elk van de hoofdelijke debiteuren verplicht is, ondeelbaar is, kan geen sprake zijn van een deelbetaling. Is de prestatie wel deelbaar, dan geldt toch dat de prestatieplicht van elke debiteur de gehele prestatie betreft. Een crediteur hoeft geen genoegen te nemen met prestatie in delen (art. 6:29 BW); de debiteur kan zich daarom niet op deling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie beroepen. Aanvaardt de crediteur de deelbetaling, dan doet deze de hoofdelijke verbintenissen slechts tenietgaan ten belope van het gedeelte dat gepresteerd is. De hoofdelijkheid als zodanig blijft voor het overige in stand.¹⁷

Als slechts een deel van de prestatie wordt verricht, kan dit een uitvloeisel zijn van een gedeeltelijk betalingsuitstel dat aan de betreffende debiteur is verleend; over betalingsuitstel zie men paragraaf 3.4. De deelbetaling kan ook voortvloeien uit een zogenaamd ontslag uit de hoofdelijkheid. Onder ontslag uit de hoofdelijkheid versta ik de handeling waarbij de crediteur met de debiteur afsprekt dat deze laatste een bedrag zal betalen dat naar zijn of hun mening overeenkomt met het bedrag dat de laatste in zijn verhouding tot de overige debiteuren draagplichtig is, en waarbij de crediteur afziet van verdere aansprakelijkstelling van de betreffende debiteur. Ontslag uit de hoofdelijkheid behelst dus de kwijtschelding van het deel van de verschuldigde prestatie, dat uitgaat boven de bijdrage die door de betreffende

17 Aldus expliciet § 421 tweede volzin BGB; zie Stauder (1964), p. 19.

debiteur intern geleverd zou moeten worden.¹⁸ Naar oud recht leidde het ontslag ertoe dat de overige debiteuren weliswaar hoofdelijk verbonden bleven, maar onder aftrek van het aandeel dat de ontslagene intern draagplichtig was (art. 1325 BW (oud)).¹⁹ Naar huidig recht moet het ontslag worden gezien als een gedeeltelijke kwijtschelding van de vordering jegens de ontslagene;²⁰ aangezien kwijtschelding wordt behandeld als een species van de afstand verwijs ik voor nadere behandeling naar paragraaf 3.3.

3.3 Inbetalinggeving en afstand

3.3.1 *inbetalinggeving is schuldvernieuwing*

Het oude BW bevatte een ondoorzichtige en innerlijk tegenstrijdige regeling van ontslag, kwijtschelding, schuldvernieuwing en inbetalinggeving. Als gezegd leidde ontslag uit de hoofdelijkheid er toe dat tegenover een van de debiteuren gedeeltelijk afstand van de vordering werd gedaan en de overige debiteuren hoofdelijk aansprakelijk bleven onder aftrek van het aandeel van de ontslagene. Art. 1476 BW (oud) bepaalde echter dat behoudens uitdrukkelijk voorbehoud de kwijtschelding van één debiteur geacht werd alle debiteuren volledig te bevrijden. Daarnaast bepaalde art. 1460 BW (oud) dat schuldvernieuwing met een van de debiteuren overeengekomen, alle overige debiteuren uit hun verbintenis ontsloeg. De kwalificatie van een handeling als ontslag, kwijtschelding of schuldvernieuwing was dus allesbepalend voor het rechtsgevolg.

De naar oud recht sterk uiteenlopende rechtsgevolgen zijn bij invoering van het nieuwe wetboek grotendeels weggenomen. De wet regelt thans nauwelijks de gevolgen van ontslag, kwijtschelding, schuldvernieuwing en inbetalinggeving. De

18 De term 'ontslag uit de hoofdelijkheid' wordt niet altijd in de hierbedoelde zin verstaan. Zie in de door mij voorgestane zin Parl. Gesch. Boek 6, p. 103 nt. 1, Hofmann-Van Opstall (1976), p. 475, Van Buchem-Spapens (1982), p. 18, Asser-Hartkamp I (1996), nr. 107, nr. 109 i.f., L.E.H. Rutten, Regresproblemen bij de sterfhuisconstructie, in: E.A.A. Luijten e.a. (red.), *Goed en Trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle 1984, p. 515 e.v., m.n. p. 525 e.v. Zie ook nog EK 1997-1998, 24 702, nr. 52c, p. 3 (splitsing van rechtspersonen), alwaar de Minister van Justitie in verband met de splitsing van rechtspersonen van eenzelfde opvatting lijkt uit te gaan. H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid?*, oratie VU 1987, p. 7, lijkt te menen dat ontslag zonder meer hetzelfde is als afstand naar (thans) huidig recht. Vgl. genuanceerder H.P.J. Ophof, Bank- en effectenbedrijf 1984, p. 322. J.M.H.P. van Neer-van den Broek, Enige gedachten over hoofdelijkheid, ontslag en regres, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *Handelsrecht tussen 'Koophandel' en Nieuw BW*, Deventer 1988, p. 115 e.v., meent (p. 135) dat ontslag al dan niet gecombineerd wordt met betaling van het aandeel in de prestatie. Vgl. ook nog W.J. Oostwouder, *Management buy-out*, diss. Rotterdam 1996, p. 351.

19 Asser-Hartkamp I (1992), nr. 104m.

20 Onder omstandigheden zou de kwijtschelding gepaard kunnen gaan met een schuldvernieuwing, namelijk als de ontslagen debiteur door het ontslag tot een wezenlijk andere prestatie wordt verplicht; ik zou in dat geval van een schuldvernieuwing en niet van een ontslag willen spreken.

Toelichting Meijers vermeldt dat de werking van deze rechtsfeiten zozeer afhankelijk is van de concrete uitleg van de verklaringen van partijen bij een ontslag, kwijtschelding etcetera, dat afgezien is van uitlegvermoedens met de mogelijkheid van uitdrukkelijke afwijking.²¹ De Toelichting huldigt in dit verband de opvatting dat behoudens nakoming de hoofdelijke verbintenissen tussen de debiteuren en de crediteur onafhankelijk van elkaar zijn wat betreft wijze van tenietgaan.²²

Dit uitgangspunt wordt echter verlaten in art. 6:7 lid 2 BW; daar treft men de regel aan dat de bevrijdende werking van de nakoming door een van de debiteuren ook geldt indien de schuld wordt gedelgd door inbetalinggeving. Hier rijst de vraag naar de verhouding van inbetalinggeving tot kwijtschelding en schuldvernieuwing. Als de crediteur daarin toestemt, kan de debiteur zich van de verbintenis bevrijden door bij wijze van inbetalinggeving een andere prestatie te verrichten. Uit art. 6:45 BW wordt wel afgeleid dat deze inbetalinggeving de verbintenis evenzeer teniet doet gaan als een volledig conforme betaling, en voorts dezelfde rechtsgevolgen heeft als conforme betaling.²³ Als dat laatste waar is, dan bevrijdt inbetalinggeving de overige debiteuren ongeacht de waarde van de prestatie die bij wijze van inbetalinggeving is verricht. Is de geleverde prestatie echter minder waard dan de verschuldigde prestatie, dan is toch veeleer sprake van schuldvernieuwing? Deze kwalificatieperikelen zijn uiterst relevant: is sprake van inbetalinggeving, dan zijn alle debiteuren zonder meer bevrijd tegenover de crediteur (art. 6:7 lid 2 BW); is daarentegen sprake van een kwijtschelding of schuldvernieuwing, dan geldt in beginsel dat de uitleg van de afspraak tussen crediteur en debiteur bepaalt of ook de andere debiteuren bevrijd worden.

Mijns inziens moet de inbetalinggeving niet worden gezien als de nakoming van de oorspronkelijke verbintenis, maar als een schuldvernieuwing, gevolgd door betaling.²⁴ Deze nieuwe verbintenis vertegenwoordigt niet noodzakelijkerwijs

21 Parl. Gesch. Boek 6, p. 104. Vgl. ook E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, 2e druk Leiden 1958, p. 116.

22 Parl. Gesch. Boek 6, p. 101.

23 Aldus ook Asser-Hartkamp I (1996), nr. 224, nr. 625. Zie HR 2-12-1977, NJ 1978, 130 (Piek/Schuyffel), waarin werd bepaald dat inbetalinggeving geen onverschuldigde betaling is; uit de vaststelling in HR 18-12-1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.), dat inbetalinggeving geen onverplichte rechtshandeling is, kan evenwel worden afgeleid – zij het niet dwingend – dat inbetalinggeving mede schuldvernieuwing impliceert. In deze zin F.P. van Koppen, *Actio Pauliana en onrechtmatige daadvordering*, diss. Tilburg 1998, p. 99 noot 28. Hiermee is echter nauwelijks te rijmen HR 20-11-1998, RvdW 1998, 218 (Verkerk Varkenshandel/Tiethoff q.q.), waarin de HR mogelijk achtte dat inbetalinggeving een verplichte rechtshandeling oplevert.

24 Aldus ook Hofmann-Van Opstall (1976), p. 478, Schoordijk (1979), p. 135, dezelfde, WPNR 5707 (1984), p. 490, Pitlo-Bolweg (1979), p. 377 en W.C.L. van der Grinten, RM Themis 1986, p. 51. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 105, nt. 1. Anders: A.S. Hartkamp, WPNR 5267 (1974), Asser-Hartkamp I (1996), nr. 224, 625, dezelfde, conclusie sub 4 voor HR 18-12-1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.) en Mon. NBW A-6a (Tjittes), nr. 27. Mogelijk ook anders, zij het in ander verband: HR 20-11-1998, RvdW 1998, 218 (Verkerk Varkenshandel/Tiethoff q.q.). Het subtiële onderscheid dat de Toelichting Meijers, Parl. Gesch. Boek 6, p. 100, maakt tussen onmiddellijke aanbieding en aanvaarding van een andere prestatie (inbetalinggeving) en de

dezelfde waarde in het vermogen van de crediteur als de oude. Deze opvatting voert tot de conclusie dat inbetalinggeving ten onrechte in art. 6:7 lid 2 wordt genoemd. Of de in de inbetalinggeving besloten liggende schuldvernieuwing delgende werking heeft voor alle hoofdelijke verbintenissen, hangt dan namelijk af van de bedoeling van de partijen die bij de schuldvernieuwing betrokken waren.

Mijn conclusie luidt dat inbetalinggeving ten onrechte is genoemd in art. 6:7 lid 2 BW. Het verrichten van een andere prestatie dan de verschuldigde als bedoeld in art. 6:45 BW kan namelijk een andere strekking hebben dan bevrijding van alle debiteuren. Veeleer moet de handeling krachtens welke inbetalinggeving plaatsvindt, naar doel en strekking worden uitgelegd. Soms kan men daarbij het uitlegvermoeden hanteren dat indien de bij wijze van inbetalinggeving verrichte prestatie van (vrijwel) gelijke waarde is als de verschuldigde prestatie, er sprake is van een met nakoming gelijk te stellen handeling, die alle debiteuren bevrijdt. Een algemene regel moet hier echter niet in worden gelezen.

3.3.2 *afstand om niet: kwijtschelding*

Aangezien de inbetalinggeving in mijn opvatting een species van de schuldvernieuwing is, en deze laatste figuur op zijn beurt een species is van de afstand, kunnen thans de gevolgen van afstand aan de orde worden gesteld. De overeenkomst van afstand (art. 6:160 BW) doet de verbintenis tenietgaan. Wordt de verbintenis vervangen door een andere, dan is sprake van schuldvernieuwing (afstand om baat); treedt er geen nieuwe verbintenis voor in de plaats, dan spreekt men van een kwijtschelding (afstand om niet).²⁵

De strekking van het aanbod tot kwijtschelding is niet steeds dezelfde. Nu eens beoogt de crediteur alle debiteuren van hun verbintenissen te bevrijden, dan weer wil hij slechts een bepaalde debiteur de schuld kwijtschelden. Beoogt hij alle debiteuren volledig te bevrijden, dan zou hij het aanbod tot elke debiteur afzonderlijk kunnen richten.²⁶ Doet de crediteur dit niet, maar richt hij zijn aanbod slechts tot een bepaalde debiteur, dan rijst de vraag of de kwijtschelding alle debiteuren betreft. Doel en strekking van het aanbod in het concrete geval moeten daartoe worden onderzocht, waarbij mede relevant is wat de debiteur tot wie het

tweezijdige rechtshandeling waarbij een andere prestatie wordt toegezegd (schuldvernieuwing), en dat is overgenomen in Asser-Hartkamp I (1996), nr. 615, is m.i. praktisch onwerkbaar. Vgl. ook nog Suijling (1936), p. 28-29, p. 33-34, die in de inbetalinggeving weliswaar een nieuw overeengekomen verbintenis ontwaarde, maar deze figuur niettemin van de schuldvernieuwing onderscheidde, omdat deze zijns inziens een zelfstandige overeenkomst met een eigen oorzaak betrof.

25 Parl. Gesch. Boek 6, p. 587-588. Een derde figuur, de *schuldwijziging*, die in de Toelichting Meijers (Parl. Gesch. Boek 6, p. 102, p. 482) wordt genoemd, maar niet in de wettekst is opgenomen, gaat m.i. op in de gedeeltelijke kwijtschelding (bijv. een vermindering van de verschuldigde geldsom) danwel de schuldvernieuwing (bijv. de verlenging van een tijdsbepaling).

26 Zie Selb (1984), p. 70.

aanbod werd gericht, uit het aanbod mocht afleiden (art. 3:35 BW); daarnaast is van belang welke betekenis de debiteuren tot wie het aanbod niet was gericht, aan het aanbod mochten hechten (art. 3:36 BW). De vraag of een afstand mede strekt tot bevrijding van de andere debiteuren, is daarmee een vraag van uitleg.²⁷

Ook voor het oude recht meende de Hoge Raad dat het aankomt op de uitleg van de kwijtschelding en het gerechtvaardigde vertrouwen dat in concreto aan de kwijtschelding wordt gehecht. In 1988 besliste de Raad:²⁸

‘De rechtshistorische betekenis van het eerste lid van art. 1476 BW, dat is ontleend aan art. 1285 Code Civil, kan in het midden blijven. Voor het huidige recht is voldoende vast te stellen dat deze bepaling strekt ter bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen van hoofdelijke schuldenaren: zij gaat kennelijk ervan uit dat een hoofdelijk schuldenaar aan wie zijn schuld wordt kwijtgescholden, in de regel daarvan mededeling doet aan zijn medeschuldenaren, en dat deze mogen aannemen dat een schuldeiser die aan een van zijn hoofdelijke schuldenaren zonder meer kwijting geeft, daarmee in de regel bedoelt ook de anderen te bevrijden, zodat dezen, van een dergelijke kwijting vernemende, in redelijkheid erop mogen vertrouwen dat zij voortaan van rechtsmaatregelen ter zake van hun verbintenis verschoond zullen blijven.

Tegen deze achtergrond heeft het hof, dat kennelijk – en in het licht van de gedingstukken: begrijpelijkerwijs – van oordeel was dat Bink (de crediteur, WvB), toen hij Reuser kwijting verleende, niet de bedoeling had daarmee ook af te zien van zijn aanspraken jegens Bron, aan zijn vaststelling dat "geen moment aanwijsbaar is, waarop bij Bron een gerechtvaardigd vertrouwen aanwezig is geweest dat Bink (ook) jegens hem zijn recht wilde prijsgeven", terecht de slotsom verbonden dat Bron zich in dit geding niet erop vermag te beroepen dat hij op grond van art. 1476 van de (..) (hoofdelijke) verbintenissen is bevrijd.’

27 Zie Polak en Van Mierlo (1998), p. 131. Zie in vergelijkbare zin § 423 BGB, dat de wil van partijen bij de afstand centraal stelt. Aldus ook BGH 11-6-1992, NJW 1992, p. 2286. Over e.e.a. nader Münch. Komm. § 423 rdnr. 1, RGRK § 423 rdnr. 2, Larenz I, p. 638-639, Wacke (1970), p. 43, Wagenfeld (1972), p. 99, Selb (1984), p. 70, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 43. Zie voor een voorbeeld OLG Hamm 16-6-1994, NZV 1995, 276. Naar Duits recht wordt ook wel onderscheiden tussen onderscheid tussen afstand en het zgn. ‘pactum de non petendo’ (de afspraak om de vordering niet uit te oefenen, al of niet met derdenbeding ten behoeve van de overige debiteuren). Zie daarover Wacke (1970), p. 42 e.v., Ehmann (1972), p. 242 e.v., Wagenfeld (1972), p. 100, p. 117 e.v. en Weitnauer (1978), p. 388. Vgl. Mon. Nieuw BW A6a (Tjittes), p. 47.

28 HR 11-3-1988, NJ 1988, 580 nt. G (Bron/Bink). Reeds in deze zin Suijling (1936), p. 114. Anders: Rb. Groningen 14-12-1934, NJ 1935, 93 (Curatoren Gron. Disconto Bank/Triezenberg). Waarschijnlijk ook anders: HR 25-6-1937, NJ 1937, 1095 (Van Iddekinge en Buwalda q.q./koopman Triezenberg).

Hoewel de tekst van art. 1476 BW (oud) in deze uitspraak buitengewoon veel geweld wordt aangedaan,²⁹ doet de uitspraak naar mijn gevoel wel recht aan de belangen van de crediteur. Het moet toch op zijn minst uit de gedragingen van de crediteur afgeleid kunnen worden of hij van (ál) zijn rechten jegens álle debiteuren wilde afzien. Blijkt dat nergens uit, en kunnen de betreffende debiteuren zich evenmin beroepen op gerechtvaardigd vertrouwen van die strekking, dan zal het er voor moeten worden gehouden dat alleen de debiteur tot wie het aanbod concreet was gericht, volledig bevrijd wordt in zijn verhouding tot de crediteur.³⁰ In dat laatste geval blijven, zo is ook het uitgangspunt voor het huidige recht, de overige verbintenissen ongewijzigd in stand.³¹ Art. 6:14 BW gaat er evenwel vanuit dat de afstand geen wijziging brengt in de verhouding tussen de debiteuren onderling. De complicaties die dit met zich brengt, komen nader aan de orde in paragraaf 5.3.3. Kortheidshalve verwijs ik hier naar die paragraaf.

3.3.3 kwijtschelding met 'Gesamtwirkung'

In het voorgaande hebben we gezien dat een aanbod tot afstand gericht tot en aanvaard door een van de debiteuren, in beginsel slechts de betreffende debiteur van zijn verbintenis bevrijdt. Dit is in ten minste drie gevallen anders: in de eerste plaats als het aanbod mede ertoe strekt de andere debiteuren te bevrijden, in de tweede plaats indien de andere verbintenis(sen) afhankelijk zijn van de verbintenis die door kwijtschelding teniet is gegaan en in de derde plaats als de andere verbintenis(sen) subsidiair zijn.

Het eerste geval doet zich voor als uit de bewoordingen van het aanbod of uit de gedragingen van de crediteur bij het uitbrengen van zijn aanbod tot kwijtschelding blijkt dat het aanbod zich mede uitstrekt over de verbintenissen van de andere hoofdelijke debiteuren. In een dergelijke situatie kent art. 6:9 lid 1 BW aan de debiteur tot wie het aanbod was gericht, de bevoegdheid toe om dat aanbod namens de andere debiteuren te aanvaarden. De debiteur tot wie het aanbod werd gericht, wordt vermoed het te hebben aanvaard tenzij hij het na kennisneming onverwijld verwerpt (art. 6:160 lid 2 BW). Dit vermoeden betreft in elk geval het aanbod voor zover het op zijn eigen schuld betrekking heeft. Onduidelijk is of het ook van toepassing is voor zover het betreft de verbintenissen van de niet-geadresseerde debiteuren. Ik zou menen dat de debiteur enige tijd voor ruggespraak moet

29 Art. 1476 BW (oud) luidde: 'De kwijtschelding eener schuld, of het ontslag bij overeenkomst, ten behoeve van eenen der hoofdelijke mede-schuldenaren gegeven, bevrijdt alle de overige, ten ware zich de schuldeischer uitdrukkelijk zijne regten tegen de laatstgemelde mogt hebben voorbehouden. In welk laatst geval, hij de schuld niet verder kan invorderen, dan na aftrek van het aandeel van denjenigen aan wien hij de schuld heeft kwijtgescholden'.

30 Zo ook W.L. Valk, Kw.ber. NBW 1988, p. 136. Vgl. Suijling (1936), p. 114 en De Kok (1965), p. 149. Vgl. Chitty on Contracts, vol I, § 17-08.

31 Parl. Gesch. Boek 6, p. 103. Waarschijnlijk anders: J. Spier, A&V 1996, p. 104.

worden gelaten; zonodig kan dit worden bereikt door het begrip 'onverwijld' aldus te interpreteren dat rekening wordt gehouden met de tijd die redelijkerwijs benodigd is om bedoeld overleg te voeren.

De vertegenwoordigingshandeling die op grond van art. 6:9 wordt verricht, kan – zo blijkt uit de parlementaire geschiedenis – niet ongedaan gemaakt worden door herroeping van de vertegenwoordigde.³² De vertegenwoordigde wordt dus zonder meer gebonden door de instemming van de vertegenwoordiger met de kwijtschelding namens de andere debiteur(en). Dat de vertegenwoordigde het aanbod niet alsnog kan afwijzen, is mijns inziens niet zozeer een afwijking van art. 6:160 lid 2 BW als wel een toepassing van het beginsel dat ook aan art. 3:66 lid 1 BW ten grondslag ligt, te weten dat bevoegde vertegenwoordiging de vertegenwoordigde bindt. De wet staat er naar mijn mening echter niet aan in de weg dat de vertegenwoordigingsbevoegdheid van art. 6:9 op voorhand bij rechtshandeling wordt weggenomen; voor werking tegenover de crediteur is naar ik meen wel vereist dat deze op de hoogte wordt gesteld van beëindiging van de vertegenwoordigingsbevoegdheid (art. 3:72 sub c j° 76 j° 78 BW).

Daarnaast kan worden betwijfeld of aanvaarding van het aanbod mede namens onbekende hoofdelijke debiteuren kan geschieden. Weliswaar lijkt art. 6:9 BW naar de letter genomen mede deze verbintenissen te treffen, maar het lijkt niet uitgesloten dat onder omstandigheden – afgezien van de omstandigheid dat het aanbod niet noodzakelijkerwijs mede de aan de crediteur onbekende verbintenissen betreft – de vertegenwoordigingsmacht zich niet uitstrekt over onbekende verbintenissen.

Het tweede geval waarin kwijtschelding van de ene hoofdelijke debiteur mede de andere debiteur van zijn verbintenis bevrijdt, doet zich voor als de verbintenis van die andere debiteur afhankelijk is van het bestaan en voortbestaan van de eerste verbintenis. Een dergelijke volledige afhankelijkheid treft men met name aan bij de verbintenis van de borg. Wordt de hoofdschuldenaar de schuld kwijtgescholden, dan gaat ook de verbintenis van de borg teniet.³³ Afhankelijkheid kan ook uit de

32 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1211.

33 Zie art. 3:7 en art. 7: 851 en 852 BW, Parl. Gesch. Boek 7, p. 428, L.D. Pels Rijcken, *Handelingen* NJV 1962-I, p. 106, Asser-Kleijn (1988), nr. 136, Blomkwist (1998), nr. 9, alsmede HR 10-4-1874, W. 3714 (Visser/Duker) en Hof Arnhem 2-11-1938, NJ 1939, 351 (NV Zwartsluizer Bank/-Wijzes). Anders: HR 14-6-1929, NJ 1929, 1483 nt. EMM (Advocaat X/Crediet-, Deposito- en Effectenbank), zij het ten aanzien van de kwijtschelding gelegen in het faillissementsakkoord van de hoofdschuldenaar. Of hetzelfde geldt ingeval de afhankelijkheid bij het aangaan van borgtocht wordt omgezet in onafhankelijkheid, is zeer de vraag omdat dubieus is of dan nog sprake is van borgtocht waarop de bepalingen van afdeling 7.14.1 BW van toepassing zijn. De verbintenis neigt in dat geval veeleer naar een zgn. onafhankelijke garantieverbintenis. Zie Parl. Gesch. Boek 7, p. 420, en hiervoor par. 2.5.4.2. Op die garantie mag men m.i. niet zondermeer de afhankelijkheidsleer van de borgtocht toepassen; zie evenwel art. 7:863 BW en Asser-Hartkamp II (1997), nr. 389. Vgl. voor het oude recht Rb. Amsterdam 18-12-1945, NJ 1946, 757 (S/v.d. S.) alsmede Asser-Kleijn (1988), nr. 191.

aard van de rechtshandeling volgen waarbij de betreffende debiteur zich hoofdelijk verbonden verklaarde. In dat geval hebben partijen willen afwijken van het door de wetgever gekozen uitgangspunt van onafhankelijkheid van de hoofdelijke verbintenissen. Gedacht kan worden aan de hoofdelijkheid die ontstaat zodra een derde buiten borgtocht jegens de crediteur ervoor instaat dat de debiteur zijn verplichtingen nakomt.³⁴ Hoewel als uitgangspunt geldt dat ook dergelijke hoofdelijke verbintenissen zelfstandig van aard zijn,³⁵ kan uit de overeenkomst volgen dat de verbintenis van deze 'adpromissor' afhankelijk is van die van de hoofdschuldenaar.³⁶

Afhankelijkheid dient men overigens goed te onderscheiden van het geval dat zich voordoet indien het ontstaan van een verbintenis afhankelijk wordt gesteld van bepaalde rechtsfeiten, die mede het ontstaan van een andere verbintenis ten gevolge hebben. Een voorbeeld is de aansprakelijkheid van de werkgever voor fouten van ondergeschikten ex art. 6:170 BW. De werkgever is slechts aansprakelijk indien – afgezien van de overige vereisten die art. 6:170 stelt – ten aanzien van de ondergeschikte aan alle vereisten van art. 6:162 BW is voldaan. Daarmee is echter geenszins gezegd dat de aansprakelijkheid van de werkgever afhankelijk is van de verbintenis van de werknemer tot vergoeding van de schade. Veeleer worden de feiten die aanleiding geven tot aansprakelijkheid op zichzelf beschouwd; de verbintenissen van werkgever en werknemer gaan na hun gezamenlijk ontstaan elk hun eigen weg. Kwijtschelding gericht tot de werknemer bevrijdt daarom niet van rechtswege ook de werkgever. Een soortgelijke onafhankelijkheid lijkt door de rechtspraak te zijn aangebracht in de hoofdelijke verbintenissen van de aansprakelijke motorrijtuighouder en zijn WAM-verzekeraar.³⁷

Het derde geval waarin kwijtschelding mede de andere hoofdelijke debiteur bevrijdt, betreft het geval waarin deze andere debiteur slechts subsidiair gehouden is tot het verrichten van de verschuldigde prestatie, dat wil zeggen zodra de 'primaire' debiteur tekortschiet. Veel van deze subsidiaire debiteuren treft men aan in fiscale

34 Het betreft hier de rechtshandeling die voorheen in art. 1352 BW (oud) werd gelezen.

35 Vgl. Opzoomer XI (1886), p. 100, die een fraaie terminologie hanteert ter onderscheiding tussen borgtocht (sc. *cumulative accessoire intercessie*) en het hoofdelijk instaan voor een schuld van een ander (sc. *cumulative principale intercessie*). Deze 'intercessie' ('tussenkomst') lijkt verwant aan de Duitse 'Schuldbeitritt'. Ziedaarover bijv. Selb (1984), p. 213 e.v. en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 51 e.v. Vgl. over deze en vergelijkbare figuren ook Pothier, nr. 457 e.v. en Van Buchem-Spapens (1982), p. 12-13.

36 Zie voor gevallen van afhankelijkheid HR 11-1-1907, W. 8481 (Van Lith/Van Limburg), Hof 's-Hertogenbosch 17-11-1993, NJ 1994, 493 (Quickprime Finance Ltd/Limbutex BV). Mogelijk in andere zin: HR 17-4-1924, NJ 1924, 722 (De Gier/Dudok van Heel c.s.) Vgl. Du Perron, a.w. (hoofdstuk 2, nt.138), p. 351. Zie over de romeinsrechtelijke figuur van de 'adpromissor' – die de voorganger was van de moderne 'garantiegever' – nader Von Savigny (1851), p. 147-148.

37 Zie HR 5-11-1971, NJ 1972, 37 (Bossink/De Gier); vgl. HR 3-12-1982, NJ 1983, 400 nt. BW (Nationale Nederlanden/Timmermans) en HR 12-6-1987, NJ 1988, 39 nt. G en EAAL (Holland/Beek); zie uitgebreid Robben, a.w. (hoofdstuk 2, nt. 129), p. 211 e.v.

wetgeving;³⁸ de wetgever acht bepaalde personen – al dan niet onder nadere voorwaarden – hoofdelijk aansprakelijk voor belastingschulden van anderen. De hoofdelijke aansprakelijkheid die deze wetsbepalingen in het leven roepen strekken steeds tot meerdere zekerheid van vlote inning van belastingschulden.³⁹ Men kan de functie van de aansprakelijkheid van de subsidiaire debiteur daarom wel vergelijken met die van een borg uit de overeenkomst van borgtocht. Voorwaarde voor uitoefening van de wettelijke bevoegdheid tot aansprakelijkstelling is steeds dat de ‘primaire’ debiteur in gebreke blijft met betaling en – meestal – dat verhaal op zijn vermogensbestanddelen ondoenlijk is.⁴⁰ Uit dit voorwaardelijke karakter volgt mijns inziens dat kwijtschelding van de ‘primaire’ debiteur – hoe zeldzaam dit ook moge zijn⁴¹ – mede de subsidiaire debiteur van zijn verplichtingen bevrijdt. De reden hiervoor is dat bijvoorbeeld de wettelijke aansprakelijkheid voor belasting-schulden van een ander geen andere functie heeft dan die welke een contractuele borgtocht heeft, namelijk zekerheid van betaling. De ‘borgen’ die door de wet als zodanig zijn aangewezen, kunnen uit hoofde daarvan op geen enkele wijze worden beschouwd als draagplichtige debiteuren. Het zou niet te rijmen zijn met de aard van de betreffende aansprakelijkheden om aan te nemen dat na kwijtschelding verleend aan de belastingdebiteur, de verbintenis van de mede-aansprakelijke zonder meer voortbestaat.

38 Zie, naast de voorbeelden genoemd in (de hoofdtekst bij) hoofdstuk 2, nt. 99, art. 201 lid 3 Communautair Douanewetboek, dat m.i. een subsidiaire mede-aansprakelijkheid van derden voor douaneschulden van een ander inhoudt. In de art. 202 lid 3 en 203 lid 3 van genoemd wetboek kan een dergelijke subsidiariteit m.i. niet worden gelezen; vgl. over e.e.a. A.J. Roke, nt. onder TC 1-2-1993, UTC 1993, 36 alsmede TC 1-2-1993, UTC 1993, 34 en HR 2-10-1991, UTC 1991, 66.

39 Zie bijv. de bepalingen die mede-aansprakelijkheid in het leven roepen voor belastingschulden van in het buitenland gevestigde belastingdebiteuren (art. 37 Inv.W., art. 46 lid 2 sub a Inv.W.). Vgl. J.F.M. Peeters, *Mede-aansprakelijkheid voor invoerrechten en accijnzen*, Deventer 1987, p. 19-21. Men onderscheide deze subsidiaire aansprakelijkheid overigens van die gevallen waarin de wetgever uit oogpunt van eenvoudige heffingstechniek één van de materieel belastingschuldigen als hoofdschuldenaar aanwijst, terwijl een anderen (mede)draagplichtig zijn; zie daarover Peeters, a.w., p. 19.

40 Zie bijv. art. 49 Inv.W. Zie voorts CRvB 26-2-1992, RSV 1993, 82 en CRvB 10-2-1993, VN 1993, p. 1560 en, voor een geval van onvindbaarheid van de hoofdschuldenaar, TC 22-11-1993, UTC 1994, 13. Vgl. Heijmans en Raaijmakers, a.w. (hoofdstuk 2, nt. 101), p. 7, p. 164-165, J.J. Vetter, P.J. Wattel, *Hoofdzaken Invordering*, 4e druk Deventer 1996, nr. 401, H. de Groot, *Bestuurdersaansprakelijkheid*, 2e druk Deventer 1997, p. 154. Zie echter ook, voor een geval waarin de TC aan de fiscus de vrije keuze toekende om direct de subsidiaire aansprakelijke aan te spreken, TC 14-12-1994, UTC 1995, 19 en TC 7-12-1994, UTC 1995, 7. In dergelijke gevallen gaat het er veelal om dat verhaal op de primaire belastingdebiteur uiterst bezwaarlijk is door onvindbaarheid of buitenlandse woonachtigheid.

41 Blijkens beleidsregels gaat de fiscus in elk geval niet tot kwijtschelding over als er een solvete mede-aansprakelijke derde is aan te wijzen die de belastingschulden kan voldoen. Zie nader Vetter en Wattel, a.w., nr. 801 e.v. Uit het bestaan van deze beleidsregels blijkt overigens wel dat ook de fiscus meent dat kwijtschelding verleend aan de belastingdebiteur, mede bevrijdend is voor de mede-aansprakelijken.

Wil men met mij aannemen dat in de hiervoor geschetste gevallen kwijtschelding mede andere hoofdelijke debiteur(en) bevrijdt, dan rijst uiteraard de vraag hoe men deze gevallen adequaat kan onderscheiden van die gevallen waarin de hoofdregel geldt dat afstand geen werking ten voordele van andere hoofdelijke debiteuren heeft. Deze hoofdregel die de zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen benadrukt, moet mijns inziens steeds wijken als de onzelfstandigheid van een verbintenis volgt uit afhankelijkheid of uitdrukkelijke danwel inherente subsidiariteit van de verbintenis. Deze inherente subsidiariteit kan alleen worden vastgesteld door aard en strekking van de betreffende wetsbepaling te analyseren. Als deze strekking slechts is het waarborgen van betaling van de 'primaire' schuld, dan ligt daar in besloten dat kwijtschelding mede de subsidiaire debiteur bevrijdt. Zo zou naar mijn mening kwijtschelding van overdrachtsbelasting aan de belastingdebiteur mede leiden tot bevrijding van de hoofdelijk verbonden notaris en moet kwijtschelding van de schuld van een informele vereniging mede de hoofdelijk aansprakelijke bestuurders van die vereniging bevrijden.⁴²

3.3.4 *afstand om baat: schuldvernieuwing*

Neemt de debiteur ter gelegenheid van de afstand een nieuwe verbintenis op zich, dan spreekt men van schuldvernieuwing. Omdat de overige debiteuren niet betrokken zijn bij de schuldvernieuwing en omdat een dergelijke nieuwe verplichting mogelijk niet gunstig voor deze debiteuren is, blijven zij buiten de afspraken van de crediteur en de betreffende debiteur. Naar oud recht was dit anders; art. 1460 BW (oud) bepaalde namelijk dat de schuldvernieuwing tussen crediteur en een van de debiteuren in beginsel alle andere debiteuren van hun verbintenis ontsloeg. Literatuur en rechtspraak pleegden deze bepaling zeer restrictief uit te leggen.⁴³ Naar thans geldend recht blijven de verbintenissen van de andere debiteuren ongewijzigd voortbestaan. Dit vloeit rechtstreeks voort uit de door de wetgever centraal gestelde zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen; de wetgever achtte het niet nodig dit uitgangspunt in enige wettelijke bepaling op te nemen.⁴⁴

De verbintenissen van de overige debiteuren worden slechts geraakt door de schuldvernieuwing als het aanbod tot het aangaan van de schuldvernieuwing mede tot hen gericht was – al dan niet bij wijze van derdenbeding – en zij tot aanvaarding overgaan. Onder omstandigheden kan voorts uit de schuldvernieuwing

42 Zie de betreffende hoofdelijkheidsbepalingen in art. 42 Inv.W. resp. art. 2:30 lid 3 j° lid 4 BW.

43 Zie over art. 1460 BW (oud) instemmend Loeff (1891), p. 163 en kritisch Suijling (1936), p. 114-115. Zie over de restrictieve uitleg die in de literatuur aan deze bepaling werd gegeven Asser-Hartkamp I (1992), nr. 104i en Parl. Gesch. Boek 6, p. 104. Van de rechtspraak zie men bijv. HR 30-1-1931, NJ 1931, 764 nt. EMM (Zuiderweg/Salm q.q.), waarin impliciet art. 1460 buiten toepassing werd gelaten.

44 Zie over e.e.a. Parl. Gesch. Boek 6, p. 104-106.

de verplichting voor de crediteur voortvloeien om zijn vordering op de andere debiteuren al dan niet gedeeltelijk te verminderen. Deze plicht zal met name ontstaan als de schuldvernieuwing een nieuwe verbintenis in het leven roept, die aanzienlijk minder belastend is dan die waarvan afstand is gedaan. Hoe onbezwaarlijker de nieuwe verplichting is, des te meer de debiteur mag verwachten dat de crediteur hem niet indirect belast met de gevolgen van ongewijzigde aansprakelijkheid van de andere debiteuren. De crediteur kan in een dergelijk geval uit hoofde van de schuldvernieuwing de verplichting hebben om de eerdergenoemde eenzijdige rechtshandeling van art. 6:14 BW te verrichten.⁴⁵

Ook kan uit de rechtsverhouding van de debiteuren onderling volgen dat zij bevoegd zijn om mede namens de anderen een schuldvernieuwing aan te gaan. De hoofdelijkheid als zodanig is mijns inziens onvoldoende rechtsverhouding om een dergelijke bevoegdheid aan te nemen; zou de hoofdelijkheid van de debiteuren evenwel bijvoorbeeld samenhangen met de uitoefening van een vennootschap onder firma (art. 18 K.), dan is de maatschapsverhouding mogelijk voldoende rechtsverhouding om een dergelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid aan te nemen (art. 17 K.). Uit de hoofdelijkheid als zodanig vloeit ze niet voort; zij moet haar grond vinden in een aanvullende rechtsverhouding van de debiteuren onderling, en kan in voorkomend geval worden gebaseerd op art. 6:8 BW.

Als hun verbintenissen afhankelijk zijn van de verbintenis die door de schuldvernieuwing teniet is gegaan, dan gaan hun verbintenissen zonder meer teniet door de in de schuldvernieuwing besloten liggende afstand. Het ligt niet zonder meer voor de hand om hetzelfde aan te nemen bij de zogenaamde subsidiaire verbintenissen. Acht moet namelijk worden geslagen op de strekking van de betreffende subsidiaire verbintenis. Als een belastingdebiteur een schuldvernieuwing met de fiscus aangaat (hoe onwaarschijnlijk ook), dan is zeer de vraag of daardoor ook de verbintenissen van de subsidiaire mede-aansprakelijken worden gewijzigd. Ik zou menen dat dit afhankelijk is van de inhoud van de schuldvernieuwing; een verzwaring van de positie van de mede-aansprakelijken lijkt in elk geval niet mogelijk, terwijl een eventueel betalingsuitstel (art. 25 Inv.W.) – wat blijkens art. 6:9 lid 2 BW iets anders is dan schuldvernieuwing – gegeven de aard van subsidiaire verbintenissen zonder meer mede ten voordele van de mede-aansprakelijken strekt.

45 Zie nader par. 3.3.2.

3.4 Nadere afspraken over betaling

3.4.1 *vaststelling, schikking, betalingsuitstel en -regeling*

Een schikking waarbij onenigheid over bestaan of inhoud van de verbintenis wordt beëindigd, wordt beheerst door titel 7.15 BW inzake de vaststellingsovereenkomst. De dispositieve werking van de vaststellingsovereenkomst (art. 7:900 e.v. BW) leidt ertoe dat de partijen bij een vaststellingsovereenkomst verplicht zijn om het rechtsgevolg zoals zij zijn overeengekomen, in het leven te roepen. De vaststellingsovereenkomst zelf is weliswaar de titel daartoe, maar deze leidt niet van rechtswege tot het betreffende rechtsgevolg. Wordt in het kader van schadevergoedingsonderhandelingen bij overeenkomst vastgesteld dat de ene partij een schadevergoeding verschuldigd is van *f* 1000,-, maar is het in werkelijkheid ten titel van schadevergoeding verschuldigde bedrag *f* 1500,-, dan kan niet worden gezegd dat met de vaststellingsovereenkomst van rechtswege en met terugwerkende kracht tussen partijen vaststaat dat de betreffende vordering slechts *f* 1000,- bedraagt. Het dispositieve karakter brengt met zich mee dat integendeel in de vaststellingsovereenkomst een kwijtschelding ten belope van *f* 500,- gelegen is. Het aanbod tot de kwijtschelding en de aanvaarding daarvan worden geacht besloten te liggen in de vaststellingsovereenkomst (art. 7:901 lid 3 BW).

Indien de vaststellingsovereenkomst tot kwijtschelding of schuldvernieuwing leidt, kan de strekking van de oorspronkelijke verbintenis met zich brengen dat deze haar werking in zoverre ook nadien behoudt.⁴⁶ Gedacht kan worden aan de aan de oorspronkelijke verbintenis klevende verjaringstermijn en de rechterlijke competentie terzake van de oorspronkelijke verbintenis. Dit doet mijns inziens echter niet af aan het feit dat de oorspronkelijke verbintenis door kwijtschelding of schuldvernieuwing (gedeeltelijk) teniet is gegaan. De gevolgen daarvan in de andere hoofdelijke verbintenissen zijn hiervoor in paragraaf 3.3 aan de orde gekomen. Van geval tot geval zal moeten worden bekeken of de betreffende vaststellingsovereenkomst een gedeeltelijke kwijtschelding of zelfs een schuldvernieuwing in zich draagt.⁴⁷ In het voorbeeld is de betreffende verbintenis door een gedeeltelijke kwijtschelding teruggebracht tot *f* 1000,-. Betaling van dat bedrag geldt als nakoming van de oorspronkelijke verbintenis.⁴⁸

Als hoofdregel geldt dat de afstand die eventueel in een vaststellingsovereenkomst besloten ligt, geen werking ten gunste of ten nadele van de overige hoofdelijke debiteuren heeft. Zij staan buiten de overeenkomst en kunnen er in hun verhouding tot de crediteur geen rechten aan ontleen. Evenmin kunnen zij

⁴⁶ TK 1982-1983, 17 779, nr. 3, p. 38.

⁴⁷ Daarbij is met name van belang hoe partijen de vaststellingsovereenkomst zelf zien; zie HR 25-6-1937, NJ 1937, 1095 (Van Iddekinge & Buwalda q.q./koopman Triezenberg).

⁴⁸ Vgl. Von Savigny (1851), p. 179.

gebonden raken aan de vaststellingen.⁴⁹ De Hoge Raad had in 1954 voor het oude recht inzake de toevallig samenlopende verbintenissen reeds aldus beslist.⁵⁰ Twee dieven konden dankzij een tipgever geld stelen van Van G. Een deel van het gestolen geld kwam via ingrijpen van de politie weer terug bij Van G. Het bedrag dat niet teruggevonden werd, wilde Van G. verhalen op de twee dieven en op de tipgever. Met deze laatste kwam hij overeen dat deze een deel van het verdwenen geldbedrag in termijnen zou vergoeden. Bovendien werd de tipgever een deel van zijn schuld kwijtgescholden. In de onderhavige procedure vordert Van G. van de twee dieven vergoeding van de gehele schade, voor zover nog niet vergoed door de tipgever. De Hoge Raad beslist:

‘(...) dat toch, wanneer – gelijk te dezen – meer personen ieder ter zake van onrechtmatige daad verplicht zijn tot vergoeding van dezelfde schade en de benadeelde met één hunner een overeenkomst aangaat als de onderhavige, waarbij diens verbintenis tot zeker bedrag wordt beperkt en daarvoor een afbetalingsregeling wordt getroffen, deze overeenkomst zowel de verbintenissen van de anderen jegens den benadeelde alsook mogelijke, uit hun onderlinge verhouding voortspruitende, regresaanspraken onverlet laat;

dat mitsdien te dezen Van G. gerechtigd bleef X en Y (de gelddieven, WvB) ieder aan te spreken tot vergoeding van de gehele door hem geleden schade, *voorzover deze nog niet reeds was vergoed.*’ (cursivering WvB)

De onafhankelijkheid, zoals de Hoge Raad die voor de toevallig samenlopende verbintenissen in deze uitspraak bevestigde, is naar huidig recht voor hoofdelijkheid de hoofdregel.⁵¹ Dit betekent dat een nadere betalingsregeling aangegaan met een van de debiteuren geen werking van rechtswege heeft ten opzichte van de overige debiteuren. In paragraaf 3.3.4 werd dat reeds voor de schuldvernieuwing vastgesteld; het geldt mijns inziens evenzeer voor nadere betalingsafspraken, ook als men deze niet als schuldvernieuwing zou willen kwalificeren.

Wat betekent echter de vaststelling dat een nadere betalingsafpraak geen werking van rechtswege heeft ten opzichte van de andere debiteuren? Men moet twee wijzen van mogelijke doorwerking ten opzichte van de andere debiteuren onderscheiden. Stel bijvoorbeeld dat twee debiteuren hoofdelijk *f* 1000,- terstond verschuldigd zijn en dat de crediteur met een van hen een afbetaling overeenkomt die inhoudt dat in vier maandelijks termijnen van *f* 250,- wordt betaald. Deze

49 Zie art. 7: 903 BW en HR 5-11-1971, NJ 1972, 37 (Bossink/De Gier). Vgl. HR 30-1-1931, NJ 1931, 764 nt. EMM (Zuiderweg/Salm q.q.), HR 19-4-1996, NJ 1997, 24 nt. MMM (Delta Lloyd/Interlloyd) en De Kok (1965), p. 150. In dezelfde zin voor het Duitse recht RGRK § 423 rdnr. 8 e.v., Soergel § 423 rdnr. 3, Erman § 423 rdnr. 3, Alt.komm. § 423 rdnr. 2; vgl. ook nog Ludewig (1968), p. 6 en Wagenfeld (1972), p. 119. In andere zin Frans recht, waarover Malaurie-Aynès (1996), nr. 1159.

50 HR 17-12-1954, NJ 1955, 68 nt. LEHR (gelddieven).

51 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 93, nr. 113.

afspraak heeft als zodanig geen werking ten opzichte van de andere debiteur: deze blijft *f* 1000,- verschuldigd, terstond opeisbaar. Hij kan geen beroep doen op de nadere betalingsafpraak, tenzij de crediteur beoogde aan beide debiteuren de mogelijkheid van gespreide betaling te bieden.⁵² Als dat het geval is, dan zal niet spoedig de vraag rijzen welke juridische vorm de nadere betalingsafpraak heeft. De debiteuren zijn immers voortaan tot dezelfde gespreide betaling gerechtigd; het is betrekkelijk onverschillig of sprake is van een door beide debiteuren geaccepteerd aanbod (al dan niet strekkende tot schuldvernieuwing) of van een door de andere debiteur aanvaard derdenbeding.

De relevantie van de juridische vorm doet zich echter gevoelen zodra de nadere betalingsafpraak niet mede strekt ten voordele van de andere debiteur. De andere debiteur blijft dan *f* 1000,- verschuldigd, terstond opeisbaar. Als nu de eerste debiteur een termijn van *f* 250,- voldoet, dan is de vraag of deze betaling mede in mindering strekt van de schuld van de ander. Dit is zonder meer het geval indien de betaling beschouwd mag worden als de betaling van de oorspronkelijke hoofdelijke schuld. In dat geval is ook de schuld van de ander met *f* 250,- afgenomen (art. 6:7 BW).⁵³ Aangezien echter de schuld van de ene debiteur omgezet is in een betaling in termijnen, moet worden aangenomen dat schuldvernieuwing heeft plaatsgevonden; of betaling van de uit schuldvernieuwing ontstane schuld mede delgende werking heeft ten voordele van de andere debiteur, hangt ervan af of de door de beide debiteuren verschuldigde prestaties nog steeds ertoe strekken hetzelfde vermogensbelang te bevredigen. Als de door de schuldvernieuwing ontstane schuld de oorspronkelijke schuld inhoudelijk zeer dicht nadert, dan zijn de verbintenissen weliswaar gewijzigd, maar is het hoofdelijkheidsverband in stand gebleven. Waarschijnlijk is de Hoge Raad in het hierboven geciteerde gelddieven-arrest van dezelfde veronderstelling uitgegaan, daar waar hij zegt dat de crediteur de overige debiteuren die niet waren betrokken bij de betalingsregeling, kon aanspreken tot vergoeding van de gehele schade, *voorzover deze nog niet reeds was vergoed*. Daaruit volgt dat betaling van uit een afbetalingsafpraak verschuldigde bedragen mede kan strekken tot delging van de verbintenissen van de overige debiteuren tot schadevergoeding.⁵⁴ Naar mijn mening is de reden hiervoor dat in voorkomend geval de verbintenissen – ook al zijn zij inhoudelijk niet volledig gelijk – nog steeds tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang strekken. In zoverre is dan een nieuw hoofdelijkheidsverband ontstaan. Steeds zal dus moeten worden nagegaan in hoeverre de verbintenissen hetzelfde vermogensbelang

52 In dat geval zou sprake kunnen zijn van een schikking met derdenbeding.

53 Vgl. Lumm (1968), p. 178.

54 Zie ook Von Savigny (1851), p. 179. Uitdrukkelijk in deze zin voor Engeland s. 1 (4) Civil Liability (Contribution) Act 1978, waarover Goff en Jones (1993), p. 325-326. Vgl. Weir (1976), § 12-98 e.v., die in dit verband nog het in Anglo-Amerikaanse rechtssystemen gangbare onderscheid noemt tussen 'pro tanto' en 'pro rata' vermindering van de verbintenissen van de andere debiteuren.

betreffen; daarbij zal het in de eerste plaats aankomen op de uitleg van de betalingsafspraken. Als de debiteur die tot betaling van f 1000,- is gehouden, de verplichting op zich neemt om in plaats daarvan in vier maandelijke termijnen van f 300,- te betalen, zal veelal sprake zijn van een (vernieuwd) hoofdelijkheidsverband ten belope van het grootste gemene bedrag (f 1000,-). Betaling van een termijn zal voor de hoofdelijkheid dus een delgende werking hebben van $(300/1200 \times 1000 =) f 250,-$. Concluderend kan worden gezegd dat van geval tot geval moet worden nagegaan of nakoming van de nadere betalingsafspraken mede delgende werking heeft voor de andere debiteuren. Zie daarover hiervoor paragraaf 3.3.2.

Op de hoofdregel in ons recht dat de vaststellingsovereenkomst, de schikking, het betalingsuitstel en de betalingsregeling geen gevolgen hebben voor de verbintenissen van de hoofdelijke debiteuren die geen partij zijn bij de betreffende overeenkomst, zijn uiteraard uitzonderingen denkbaar. Buiten de situatie waarin expliciet volmacht is verleend door de andere hoofdelijke debiteuren om een vaststellingsovereenkomst c.q. nadere afbetalingsovereenkomst aan te gaan, kan worden gedacht aan het geval waarin een van de debiteuren mede namens een andere debiteur een schikking aangaat en aldus handelend, op redelijke gronden de belangen van die ander behartigt. De vertegenwoordigingsbevoegdheid van de hoofdelijke debiteur, die alsdan grond vindt in art. 6:8 j° art. 6:201 BW, zal echter uitzondering zijn. De hoofdelijkheid op zichzelf is mijns inziens onvoldoende grond om een dergelijke bevoegdheid aan te nemen. Terecht wees de Hoge Raad daarom het bestaan van een zogenaamde volgplicht af voor verzekeraars die onafhankelijk van elkaar hetzelfde aansprakelijkheidsrisico hebben gedekt. Deze verzekeraars zijn weliswaar hoofdelijk verbonden tegenover de verzekerde (zie nader hiervoor paragraaf 2.5.4.1), maar hun hoofdelijke verbintenissen behouden een zodanige mate van zelfstandigheid dat handelingen verricht door de ene debiteur met de crediteur, geen werking hebben tegenover de andere debiteur. Dit is slechts anders als de debiteur die de schikking treft, mocht begrijpen dat de andere debiteur zou instemmen met een dergelijke schikking.⁵⁵

De werking van betalingsuitstel heeft een aparte regeling gekregen in art. 6:9 lid 2 BW:

Uitstel van betaling, door de schuldeiser aan een der schuldenaren verleend, werkt ook ten aanzien van zijn medeschuldenaren, voor zover blijkt dat dit de bedoeling van de schuldeiser is.

55 HR 19-4-1996, NJ 1997, 24 nt. MMM (Delta Lloyd/Interlloyd).

Voor het uitstel van betaling hanteert art. 6:9 lid 2 BW een andere constructie dan bij de kwijtschelding is gebruikt: het uitstel dat ertoe strekt alle debiteuren te begunstigen, heeft die werking van rechtswege. Enige vertegenwoordigingshandeling is blijkbaar niet nodig.⁵⁶ Het lijkt er zelfs op dat voor de werking van het betalingsuitstel geen tot de betreffende debiteuren gerichte verklaring nodig is. Dit verschil in wetssystematiek tussen kwijtschelding en uitstel van betaling is ongelukkig te noemen. Een belangrijker bezwaar tegen de regeling van art. 6:9 lid 2 is dat niet altijd duidelijk onderscheid kan worden gemaakt tussen schuldvernieuwing en uitstel van betaling. Gedacht kan worden aan de situatie waarin een debiteur bijvoorbeeld een week extra de tijd krijgt voor zijn prestatie en die waarbij de crediteur er in toestemt dat het verschuldigde niet ineens maar in enkele maandelijke of zelfs jaarlijkse termijnen zal worden voldaan. Het tweede geval neigt naar schuldvernieuwing. Een betalingsuitstel dat eigenlijk schuldvernieuwing is, moet, zo zou ik menen, naar de regels van schuldvernieuwing worden beoordeeld. En werking van schuldvernieuwing ten gunste van alle debiteuren, ook als deze is gewild, ontstaat niet als men met een van deze debiteuren een schuldvernieuwing afsprekt. De regeling van art. 6:9 lid 2 is om die reden ongelukkig; beter is het om aan te knopen bij de regels inzake afstand.

Uitzonderingen op de hoofdregel moeten tevens worden gemaakt voor de afhankelijke en de subsidiaire verbintenissen. Voor zover de vaststellingsovereenkomst c.q. de schikking een afstand (om baat) inhoudt, gelden de uitzonderingen als beschreven in paragraaf 3.3.

3.4.2 *geldleen- en cessieconstructies*

Soms doet zich de vraag voor of sprake is van nakoming van de verbintenis die deel uitmaakt van het hoofdelijkheidsverband danwel een andere titel aangewezen moet worden voor de betreffende prestatie. In een recente productaansprakelijkheidszaak kwam deze kwestie zijdelings aan de orde.⁵⁷ De feiten waren als volgt. Kuijt was in dienst van De Vries; tengevolge van een defect aan een vuldeksel van een hydraulische ketel raakte Kuijt gewond. Kuijt sprak zowel De Vries als ABR, de producent van de ketel, aan tot vergoeding van de schade. De (assurateur van de) werkgever ging over tot betaling van een bedrag aan Kuijt. Toen Kuijt vervolgens ABR in rechte tot vergoeding van de schade aansprak, verweerde deze zich met de stelling dat de schade reeds vergoed was door De Vries. Het bleek evenwel dat de betaling aan Kuijt was geschied in de vorm van een geldlening, verstrekt door De Vries aan Kuijt. De lening was renteloos geschied, onder

56 Anders: Schoordijk (1979), p. 85, Van Buchem-Spapens (1982), p. 19, A.S. Hartkamp, *Compendium van het vermogensrecht volgens het nieuwe burgerlijk wetboek*, 5e druk Deventer 1999, nr. 244.

57 HR 15-3-1996, NJ 1996, 435, A&V 1996, p. 103 nt. J. Spier (Ateliers Belges Réunis/Kuijt).

voorwaarde dat Kuijt bedragen die hij eventueel van ABR ontving, zou afstaan aan De Vries en onder afstand van alle rechten die Kuijt terzake van het ongeval op De Vries mocht hebben. Naar huidig recht – dat wat betreft de delgende werking van de betaling gelijk is aan het oude recht⁵⁸ – is evident dat ABR belang heeft bij het verweer tegen de vordering van Kuijt: als de ‘geldlening’ van De Vries aan Kuijt als nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW moet worden beschouwd, is de vordering van Kuijt jegens ABR tenietgegaan. Is de titel voor de betaling van het bedrag evenwel niet de oorspronkelijke verbintenis, dan rijst de vraag welke status de ‘geldlening’ dan heeft en of zij gevolgen heeft voor de vordering van Kuijt op ABR.

Het Hof en de Hoge Raad waren in het betreffende geval geneigd om doorslaggevende betekenis toe te kennen aan de bedoeling van partijen bij de overeenkomst tot geldlening. Het Hof geeft geen verdere redengeving dan dat de uitbetaling in de vorm van een lening is geschied; de Hoge Raad meent dat hiermee in het oordeel van het Hof ligt besloten dat de geldlening niet gesimuleerd maar reëel was, en dat een dergelijke uitleg van de overeenkomst van geldlening aan het Hof als feitenrechter is voorbehouden en dat deze uitleg niet blijkt geeft van een onjuiste rechtsopvatting of onbegrijpelijk is.

Deze laatste toevoeging is mijns inziens veelbetekenend: het getuigt in de ogen van de Hoge Raad niet van een onjuiste rechtsopvatting om de door partijen gekozen vorm – te weten geldlening – te respecteren, en om in de titel van geldleen geen nakoming in de zin van art. 6:7 BW te lezen. Het gevolg hiervan is concreet dat ABR jegens Kuijt tot betaling van de gehele schade gehouden blijft; Kuijt zal op grond van de overeenkomst met De Vries gehouden zijn de aldus ontvangen bedragen aan de laatste af te dragen. ABR kan na betaling eventuele regresrechten jegens De Vries geldend maken. Gesteld dat een dergelijk regresrecht inderdaad bestaat, dan is deze geldleenconstructie in zoverre slechts een kostbare wijze om geld rond te pompen: Kuijt vordert van ABR, draagt het ontvangene af aan De Vries en deze moet het op zijn beurt weer (gedeeltelijk) afstaan aan ABR. Constructies als deze plegen niet welwillend te worden bejegend, aangezien zij er veelal toe strekken de materiële positie van een hoofdelijke debiteur te verbeteren ten koste van de andere debiteur(en). Eerder heb ik in een ander verband betoogd dat dergelijke schijnbewegingen zoveel als mogelijk moeten worden ontmoedigd.⁵⁹

Er pleit daarom misschien veel voor om ook hier niet zozeer naar de vorm als wel naar de strekking van de betaling te kijken, zoals door partijen begrepen. De strekking in dit concrete geval is mijns inziens tweërlei: in de eerste plaats beogen partijen met de geldlening te bewerkstelligen dat Kuijt schadeloos gesteld wordt – en in zoverre zou men van een ‘nakoming’ in de zin van art. 6:7 BW kunnen

58 Zie daarover HR 8-2-1935, NJ 1935, 425 nt. EMM (Geefshuyzen/Van der Meer); zie Bloembergen (1965), nr. 100.

59 W.H. van Boom, WPNR 6235 (1996), p. 615 e.v.

spreken – , en in de tweede plaats beogen zij De Vries de mogelijkheid te geven het volledige schadebedrag af te wentelen op ABR. Dit laatste oogmerk kan evenwel nimmer worden verwezenlijkt, omdat een afspraak tussen de crediteur en een van de hoofdelijke debiteuren geen wijziging brengt in de interne draagplicht van hoofdelijke debiteuren, althans niet ten nadele van de overige debiteuren. Een eventueel regresrecht van ABR op De Vries wordt dus niet aangetast door de geldlening.

Als zij stand houdt, leidt de gekozen constructie ertoe dat Kuijt zijn schadevergoedingsvordering op ABR behoudt en liefst ook jegens ABR uitoefent. Of ABR, mocht zij een regresrecht jegens De Vries hebben, dit bedrag op haar beurt met succes kan verhalen op De Vries, is vervolgens mede van diens solventie afhankelijk. Is De Vries inmiddels insolvent geraakt, dan is een dergelijk regres uiteraard illusoir. Of dit evenwel een steekhoudend bezwaar tegen de constructie is, lijkt betwistbaar: zou Kuijt hebben afgezien van de geldleenconstructie met De Vries en integendeel er voor hebben gekozen om ABR tot betaling aan te spreken, dan zou de (naar huidig recht:) hoofdelijkheid die tussen ABR en De Vries bestond, hebben geleid tot eenzelfde insolventierisico voor ABR. In zoverre brengt de geldlening ABR niet in een nadeliger positie dan waarin zij reeds tengevolge van het keuzerecht van de crediteur ex art. 6:7 lid 1 BW verkeerde.⁶⁰ Ik betwijfel daarom of uit oogpunt van voorkoming van een 'kringloop' bezwaar bestaat tegen deze geldleenconstructie. Daar komt bij dat de geldleningsconstructie een terugbetalingsverplichting voor Kuijt met zich brengt; zou Kuijt failleren voordat hij het geïnde aan De Vries heeft afgedragen, dan komt de insolventie voor rekening van De Vries terwijl deze wel blootstaat aan het regres van ABR. In zoverre werkt de constructie in het nadeel van De Vries vergeleken met nakoming door De Vries in de zin van art. 6:7 lid 2 BW.

Al met al denk ik dat de geldleenconstructie geen nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW is. Het komt er in concreto op aan met welke intentie de prestatie door de debiteur werd verricht; verrichtte hij de prestatie ten titel van nakoming van de verbintenis waarvoor hoofdelijkheid bestond, dan is sprake van nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW. Strekte de betaling evenwel tot delging van een schuld uit een andere verbintenis, bijvoorbeeld die uit geldlening, dan is geen sprake van nakoming in de zin van art. 6:7 lid 2 BW. De geldlening bevrijdt om die reden niet de overige hoofdelijke debiteuren van hun verbintenis.

De geldleenconstructie moet naar mijn mening worden gekwalificeerd als schuldvernieuwing: Kuijt doet afstand van zijn oorspronkelijke aanspraak jegens De Vries en verkrijgt in ruil daarvoor een renteloze geldlening onder de verplichting het geleende terug te betalen indien en voor zover ABR ten titel van schadevergoeding aan Kuijt betaalt. Uit de geldlening tussen Kuijt en De Vries komt

⁶⁰ Blijkbaar anders: Spier, t.a.p. (nt. 57), p. 105.

duidelijk naar voren dat deze niet mede ten gunste van ABR strekt. Partijen beogen alleen werking aan de schuldvernieuwing te geven tussen Kuijt en De Vries. Uit de regels inzake schuldvernieuwing volgt dan dat de verplichtingen van ABR jegens Kuijt ongewijzigd voortbestaan.⁶¹

De cessieconstructie wordt evenals de geldleenconstructie gebruikt om de materiële positie van een van de hoofdelijke debiteuren ten opzichte van de andere debiteur(en) te verbeteren, maar netzomin als bij de geldleenconstructie wordt dit resultaat bereikt. De cessieconstructie komt veelal hierop neer dat een van de hoofdelijke debiteuren tot betaling overgaat, niet ten titel van nakoming van zijn hoofdelijke verbintenis maar ten titel van koop. De betreffende debiteur koopt in deze constructie van de crediteur diens vordering op de andere debiteur(en) tegen betaling van een bedrag dat in de regel overeenkomt met de waarde of het bedrag van de vordering van de crediteur op de kopende debiteur. De crediteur doet in het kader van de overeenkomst mede afstand van zijn oorspronkelijke vordering op de kopende debiteur. De koper/cessionaris tracht vervolgens het gehele bedrag van de hoofdelijke verbintenis te innen; voor zover daarmee meer wordt gevorderd van de mede-debiteuren dan deze intern draagplichtig zijn, moet echter worden geoordeeld dat de cessie zonder effect blijft. Een hoofdelijke debiteur kan de omvang van zijn regresrecht jegens de andere debiteur(en) niet vergroten door de vordering van de crediteur jegens die debiteur(en) over te nemen.⁶² Voor nadere onderbouwing van deze stelling verwijs ik naar paragraaf 3.8.

3.5 Crediteursverzuim

De crediteur, die in beginsel vrij is te kiezen welke van de hoofdelijke debiteuren hij tot nakoming aanspreekt, raakt in verzuim zodra hij betaling door een van de debiteuren weigert (art. 6:58 BW).⁶³ De gevolgen van dit crediteursverzuim blijven niet beperkt tot de betreffende verbintenis, maar worden door de wet uitgebreid tot alle hoofdelijke verbintenissen (art. 6:72 BW).⁶⁴ Deze regel beperkt in vergaande mate het keuzerecht van de crediteur. Biedt namelijk een van de debiteuren betaling aan en weigert de crediteur inontvangstneming, dan ontstaat crediteursverzuim. Hetzelfde geschiedt als een van de debiteuren de nakoming van zijn verbintenis jegens de crediteur opschort tengevolge van niet-nakoming door de crediteur van

61 Anders: Spier, t.a.p. (nt. 57), p. 104.

62 Zie ook Van Boom, t.a.p. (nt. 59), p. 617.

63 Hetzelfde geschiedt als hij betaling weigert door een derde in de zin van art. 6:30 BW, zij het dat in de verhouding tussen crediteur en derde de gevolgen van een dergelijke weigering door art. 6:73 BW worden beheerst.

64 Zie het identieke § 424 BGB.

een op hem rustende verbintenis (art. 6:59 BW). Concreet: als bijvoorbeeld een van twee hoofdelijk verbonden huurders betaling van de huurpenningen terecht opschort wegens achterstallig onderhoud door de verhuurder, dan raakt de crediteur jegens beide debiteuren in verzuim.

Dit crediteursverzuim heeft als gevolg dat het eventuele verzuim van de betreffende debiteur wiens prestatie wordt geweigerd, eindigt danwel geen aanvang kan nemen (art. 6:61 BW). Tegelijk eindigt echter ook het eventuele verzuim van de andere debiteuren. Evenmin kunnen zij gedurende het crediteursverzuim in verzuim geraken. Hieruit lijkt te volgen dat er maar één manier is om het crediteursverzuim te doen eindigen, namelijk door alsnog de nakoming te aanvaarden van de debiteur die de nakoming in eerste instantie aanbood. Zuivering van het crediteursverzuim jegens deze debiteur werkt dan mede tegenover de andere debiteuren.⁶⁵ In de regel zal dit een juist uitgangspunt zijn, maar men kan zich situaties voorstellen waarin het keuzerecht van de crediteur een sterkere werking behoort te hebben.⁶⁶ Zijn twee debiteuren tot inhoudelijk dezelfde prestatie verplicht, bijvoorbeeld het betalen van hetzelfde geldbedrag, dan is niet bezwaarlijk om de crediteur te verplichten de betaling (of een daarmee gelijkgestelde handeling) van de 'eerstbiedende' debiteur te aanvaarden.⁶⁷ Anders kan dit zijn als de prestaties inhoudelijk niet gelijk zijn, maar wel tot hoofdelijkheid aanleiding geven doordat zij strekken tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang van de crediteur. Als een aannemer en een architect gezamenlijk aansprakelijk zijn voor een uitvoeringsfout, en de opdrachtgever heeft enerzijds recht op schadevergoeding door de architect en anderzijds recht op herstel door de aannemer, dan kan het recht van de opdrachtgever om te kiezen tussen deze twee mogelijkheden naar mijn mening niet worden gefrustreerd door het snelle aanbod van de architect om de schade in geld te vergoeden. In het systeem van art. 6:72 BW leidt de weigering van dit aanbod ertoe dat de aannemer niet langer tot herstel zou kunnen worden aangesproken. Dit lijkt mij een onwenselijk gevolg. Juister ware het om in dit geval het keuzerecht van de opdrachtgever te respecteren, met als gevolg dat het betalingsaanbod van de architect mag worden geweigerd en de aannemer tot herstel verplicht blijft. Door zijn prestatie te aanvaarden, zuivert de crediteur dan het verzuim tegenover beide debiteuren.⁶⁸ Ik zou art. 6:72 BW daarom aldus willen verstaan dat de rechtsgevolgen van het crediteursverzuim jegens ieder van de schuldenaren gelden tenzij de aard van de verschuldigde prestaties met zich brengt

65 Palandt § 424 rdnr. 1, Erman § 424 rdnr. 2, Selb (1984), p. 76. Blijkbaar anders: Münch. Komm. § 424 rdnr. 2.

66 Vgl. in dezelfde zin Mon. Nieuw BW B-32b (Streefkerk), p. 51-52. Zie voor andere kritiek Suijling (1936), p. 115.

67 Zie bijv. HR 9-1-1931, NJ 1931, 378 nt. EMM (Kolfshoten q.q./slager Heijs), waarover nader in par. 2.5.2.

68 Onverlet blijft het recht van de architect op vergoeding van eventuele in de tussentijd opgekomen kosten; zie art. 6:63 BW.

dat de crediteur het recht behoudt om de prestatie door de ene debiteur te verkiezen boven die van de andere.⁶⁹

Op grond van art. 6:60 BW kan de rechter, indien de crediteur ten onrechte weigert de prestatie in ontvangst te nemen of de nodige medewerking te geven aan de prestatie, de debiteur op diens vordering – al dan niet onder voorwaarde – bevrijd verklaren van zijn verbintenis. De rechter kan, als de verbintenis strekt tot betaling van een geldsom of tot aflevering van een zaak, als voorwaarde stellen de gerechtelijke bewaring van het verschuldigde (art. 6:65 e.v. BW).

Als de rechter op vordering van een van de hoofdelijke debiteuren toepassing geeft aan art. 6:60 BW, dan heeft deze toepassing dezelfde delgende werking als nakoming door een hoofdelijke debiteur zou hebben gehad, zo bepaalt art. 6:7 lid 2 BW. Ook als de rechter de betreffende debiteur onvoorwaardelijk bevrijdt van zijn verbintenis, treden niet de gevolgen in van de kwijtschelding maar die van de betaling. De rechter kan blijkens art. 6:7 lid 2 bepalen dat de toepassing van art. 6:60 ten aanzien van de betreffende debiteur geen bevrijdende werking heeft ten gunste van de overige debiteuren. Als de rechter gebruik maakt van deze discretionaire bevoegdheid, grijpt hij daarmee in in de externe verhouding van de overige debiteuren tot de crediteur: één van de debiteuren is niet langer tot presteren verplicht, terwijl de anderen dit nog wel zijn. Deze ingreep lijkt echter geen gevolgen voor de verhouding van de debiteuren onderling te hebben en is dus betrekkelijk ongevaarlijk voor de overige debiteuren. Aangezien de rechter aan zijn beslissing de delgende werking voor de overige debiteuren geheel kan onzeggen, kan hij mijns inziens ook het mindere; zo zou hij de debiteur die de vordering van art. 6:60 instelt kunnen verplichten tot inbewaringgeving van een geldsom die overeenkomt met de omvang van de bijdrage die de betreffende debiteur intern draagplichtig is, waar de rechter tegenover kan stellen bevrijding van de betreffende debiteur jegens de crediteur en een evenredige vermindering van de aanspraken van de crediteur jegens de overige debiteuren.⁷⁰

69 Voor het Duitse recht wordt wel aangenomen dat de crediteur in dergelijke gevallen zijn verzuim zuivert jegens de crediteur die hij tot betaling aanspreekt; tegenover de anderen zou het verzuim voortduren. Zie Erman § 424 rdnr. 2, Alt.komm. § 424 rdnr. 2, RGRK § 424 rdnr. 2; vgl. Leonhard (1929), p. 722-723. Een dergelijk voortdurend verzuim zou nogal wat praktische problemen veroorzaken, nog afgezien van de vraag hoe de verbintenissen kunnen voortbestaan als het vermogensbelang van de crediteur reeds is bevredigd.

70 Parl. Gesch. Boek 6, p. 102, acht ook mogelijk dat de rechter niet alle, doch slechts enkele van de debiteuren bevrijd verklaart. Aldus ook Asser-Hartkamp I (1996), nr. 302 alsmede Polak en Van Mierlo (1998), p. 130.

3.6 Tekortkoming en verzuim

De lotsverbondenheid van hoofdelijke debiteuren trad naar oud recht met name aan het licht bij de tekortkoming en het verzuim van een hunner. Waren twee personen hoofdelijk eenzelfde geldsom verschuldigd, dan had de ingebrekestelling en het daaropvolgende verzuim van de ene debiteur werking jegens alle debiteuren. Het verzuim van de een was het verzuim van de ander (art. 1322 BW (oud)). Voor het tenietgaan van een verschuldigde zaak kende het oude recht een gematigde lotsverbondenheid (art. 1321 BW (oud)). In aansluiting hierop besliste de Hoge Raad in 1924 dat hoofdelijkheid niet beperkt bleef tot de 'primaire' verbintenis, dat wil zeggen de verbintenis waartoe men zich verplicht had, maar ook tot de 'secundaire' verbintenissen, te weten de verbintenissen tot schadevergoeding ingeval van tekortkoming door een van de hoofdelijke debiteuren.⁷¹ Het arrest uit 1924 betrof het volgende. Meerdere personen hadden zich bij overeenkomst hoofdelijk tot een prestatie verplicht. De wederpartij ging wegens wanprestatie over tot ontbinding van de overeenkomst en vorderde schadevergoeding. De vraag rees of de hoofdelijke debiteuren thans ook hoofdelijk tot schadevergoeding waren verplicht. De Hoge Raad beantwoordde deze vraag bevestigend:

'(...) dat ingevolge art. 1303 BW degene, te wiens opzichte eene verbintenis niet is nagekomen, de keus heeft om of de andere partij, indien zulks mogelijk is, tot de nakoming der overeenkomst te noodzaken of derzelver ontbinding te vorderen, met vergoeding van kosten, schaden en interessen;

dat dus, wanneer, als in dit geval, het laatste is gekozen, voor den schuldenaar, tegen wien de vordering is toegewezen, de verplichting tot nakoming der overeenkomst in die tot schadevergoeding is overgegaan;

dat waar blijkens de in artikel 1316 van het genoemde Wetboek gegeven omschrijving, in geval van hoofdelijkheid alle schuldenaren tegenover den schuldeischer tot een en dezelfde zaak verplicht zijn, zoodat elk hunner voor het geheel kan worden aangesproken, deze overgang ook geldt voor de niet aangesproken schuldenaren;

dat dit gevolg der hoofdelijkheid, als daaruit voortvloeiend, niet uitdrukkelijk bij de overeenkomst behoeft te zijn vastgesteld'.

Nu naar huidig recht lotsverbondenheid van hoofdelijke debiteuren is verworpen, rijst de vraag of ook thans de gevolgen van tekortkoming in de ene verbintenis doorwerken in de andere verbintenis. Het uitgangspunt is dat, gegeven de zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen, voor elke verbintenis moet

71 HR 24-4-1924, NJ 1924, 714 (Goosen/Jonkers & De Hondt). Anders: Suijling (1936), p. 115 nt. 3.

worden vastgesteld of deze al dan niet deugdelijk is nagekomen.⁷² Deze zelfstandigheid brengt tevens met zich dat een voor verzuim benodigde ingebrekestelling aan alle debiteuren afzonderlijk moet worden gezonden.⁷³ Aangezien echter verzuim in de regel van rechtswege intreedt (zie art. 6:83 sub a en sub b BW), is de praktische betekenis van de zelfstandigheid wat dit aangaat niet groot.

Ook overigens is de betekenis van de zelfstandigheid der verbintenissen betrekkelijk. Zijn twee personen hoofdelijk verplicht tot terugbetaling van een geleend geldbedrag, opeisbaar per 1 januari, dan schieten beide debiteuren elk afzonderlijk tekort als niet op genoemde datum is betaald. En aangezien naar huidig recht termijnen gesteld voor de nakoming vermoed worden fataal te zijn, zal in de regel voor elk van beide debiteuren het verzuim op 2 januari van rechtswege intreden (art. 6:83 sub a BW). Geen van de debiteuren zal zich er jegens de crediteur op kunnen beroepen dat zij onderling hadden afgesproken dat een van hen de betaling zou verrichten; evenmin zal een beroep op overmacht wegens geldelijk onvermogen worden gehonoreerd.⁷⁴ Voor beide debiteuren ontstaat daarom met het verzuim de hoofdelijke plicht om dezelfde wettelijke rente te voldoen (art. 6:119 BW). Bij hoofdelijke gehoudenheid een geldsom te voldoen, is de zelfstandigheid van de verbintenissen al met al dus van betrekkelijke waarde. Dat is uiteraard anders als de verbintenissen afwijken wat betreft datum of voorwaarde van opeisbaarheid. De verschillende inhoud van de verbintenissen brengt dan reeds mee dat het verzuim van de een niet noodzakelijk samenvalt met dat van de ander.

Als de verschuldigde prestatie niet betreft betaling van een geldsom, maar bijvoorbeeld het (af)geven van een goed, dan komt de zelfstandigheid der verbintenissen in een scherper licht te staan. Als twee personen zich hoofdelijk tot overdracht van een registergoed verplicht hebben, dan schieten beide debiteuren tekort als op de transportdatum geen levering plaatsvindt.⁷⁵ Gesteld nu dat slechts een van de debiteuren weigerachtig blijkt om mee te werken aan de levering, kan dan niettemin de andere debiteur uit hoofde van de hoofdelijkheid aansprakelijk worden gehouden voor de gevolgen van deze weigering? De zelfstandigheid der verbintenissen leidt ertoe dat in elk van de twee verbintenissen moet worden getoetst of aan de vereisten van art. 6:74 e.v. BW is voldaan.⁷⁶ Beide debiteuren komen weliswaar tekort, maar de tekortkoming is slechts te wijten aan de weigerachtigheid van een van de debiteuren. Deze debiteur komt toerekenbaar tekort. De andere

72 Zie § 425 BGB, waarover Erman § 425 rdnr. 1, Selb (1984), p. 76-77, Jürgens (1988), p. 49, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 44.

73 RGRK § 425 rdnr. 6, Erman § 425 rdnr. 6, Larenz I, p. 639, Selb (1984), p. 82; kritisch: Prediger (1988), p. 28.

74 Mon. Nieuw BW B-33 (De Jong), nr. 15.

75 Niet relevant is of de overdracht een al dan niet deelbare prestatie is; het volstaat dat twee personen zich tot hetzelfde resultaat hebben verplicht, te weten overdracht. Of zij het toegezegde resultaat in persoon kunnen bewerkstelligen, is voor de geldigheid van de verbintenis niet relevant.

76 De op dit punt weinig heldere T.M., Parl. Gesch. Boek 6, p. 93, lijkt ook hiervan uit te gaan. In de door mij verdedigde zin Van Buchem-Spapens (1982), p. 10.

debiteur valt niets te verwijten en zou dus een beroep kunnen doen op overmacht (art. 6:75 BW).⁷⁷

Deze oplossing strookt met het uitgangspunt van zelfstandigheid der verbintenissen, maar lijkt niet altijd de meest verkieslijke te zijn. Als twee personen zich bij een en hetzelfde contract verbinden tot een en hetzelfde resultaat, dan wordt de ontstane hoofdelijkheid gekenmerkt door een meer dan toevallige verbondenheid van de debiteuren. In voorkomende gevallen lijkt het juist om de weigerachtigheid van de ene debiteur mede toe te rekenen aan de andere debiteur, zodat zij beide schadeplichtig zijn tegenover de crediteur. Deze aldus ontstane schadeplicht is ex art. 6:102 BW hoofdelijk. De vraag die uiteraard beantwoording behoeft, is wat de grond is voor deze toerekening is. De toerekening kan geschieden op grond van wet, rechtshandeling of verkeersopvatting (art. 6:75 BW). Een voor de hand liggende redenering zou kunnen zijn dat de contractueel medeverbonden debiteuren elkaars hulppersoon zijn bij de uitvoering van het contract en dat zodoende sprake is van een wettelijk toerekenbare tekortkoming (art. 6:75 j° 76 BW) van de betreffende hoofdelijke debiteur.⁷⁸ Zo moesten naar Duits recht twee huurders van een auto als elkaars hulppersoon worden beschouwd. Zij verbonden zich namelijk tot de ondeelbare en dus hoofdelijk verschuldigde prestatie om de auto na afloop van de huurtermijn terug te brengen. Slechts één van de hoofdelijk verbonden huurders kon die prestatie leveren, omdat de ander geen rijbewijs had. Toen deze laatste de auto niettemin in bezit nam en naar Spanje 'joyreed', kon de achtergebleven huurder wegens tekortkoming in de teruggaveplicht aangesproken worden: bij wijze van uitzondering op de hoofdregel van § 425 BGB kon het 'Verschulden' van de ene debiteur worden toegerekend aan de andere.⁷⁹

Voorzichtigheid is echter geboden bij dergelijke redeneringen: zou men hoofdelijke debiteuren per definitie tot elkaars hulppersoon bestempelen, dan neigt men te sterk naar de Franse vertegenwoordigingstheorieën, die alle van de gedachte uitgingen dat de hoofdelijke debiteuren elkaars vertegenwoordiger waren ten opzichte van de crediteur.⁸⁰ Een zo algemene opvatting zou haaks staan op het mijns inziens juiste wettelijk uitgangspunt van de zelfstandigheid der verbintenissen; voor een afwijking van dit uitgangspunt moet voldoende rechtvaardiging bestaan. Die rechtvaardiging kan gelegen zijn in de rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren onderling, bijvoorbeeld wanneer zij gezamenlijk als huurder con-

77 Aldus in essentie reeds Suijling (1936), p. 115-116. Blijkbaar anders: J. Kortmann, *AAe* 1996, p. 13. Het Duitse recht lijkt eenzelfde benadering te kiezen; zie *RGRK* § 425 rdnr. 9, *Soergel* § 425 rdnr. 2, *Erman* § 425 rdnr. 7 i.f., *Palandt* § 425 rdnr. 3., *Larenz I*, p. 640, *Selb* (1984), p. 83-84, *Reinicke en Tiedtke* (1988), p. 45.

78 *Van Buchem-Spapens* (1982), p. 10.

79 *BGH* 29-10-1975, *BGHZ* 65, 226. In dezelfde zin *BGH* 18-10-1951, *NJW* 1952, p. 217, *BGH* 4-6-1969, *VersR* 1969, p. 830. Zie nader *Palandt* § 425 rdnr. 8-10, *Larenz I*, p. 641-642, *Reinicke en Tiedtke* (1988), p. 55-56. Vgl. *Münch. Komm.* § 425 rdnr. 8.

80 Zie hiervoor par. 2.2.

tracteren.⁸¹ Betreft het hoofdelijkheid door de toevallige samenloop van verbintenissen, dan ligt een dergelijke toerekening niet voor de hand. Het voorgaande geldt a fortiori voor de toerekening krachtens verkeersopvatting.

Naast de toerekening van de wanprestatie van de ene aan de andere debiteur, kan aansprakelijkheid voor de tekortkoming ook reeds voortvloeien uit de aard van de aansprakelijkheid. Als hoofdelijke debiteuren niet alleen tot een bepaalde prestatie verplicht zijn, maar gelijkelijk ook door wet, rechtshandeling of verkeersopvatting gehouden zijn tot een andere verplichting die bijvoorbeeld in de plaats treedt van de oorspronkelijke prestatie, dan volgt op grond daarvan reeds aansprakelijkheid. Het komt daarbij aan op de inhoud van de verplichtingen van de verschillende debiteuren. Zo zijn de maten in een v.o.f. hoofdelijk aansprakelijk voor de verbintenissen die bevoegdelyk namens de v.o.f. zijn aangegaan (art. 17 en 18 K.); uit de ruime omschrijving van deze wettelijke aansprakelijkheid volgt dat de maten ook aansprakelijk zijn voor de gevolgen van tekortkoming 'door de v.o.f.'. Gewezen kan ook worden op art. 7:606 BW dat bewaarnemers niet alleen hoofdelijk verbindt tot teruggave van de in bewaring genomen zaak, maar ook tot vergoeding van schade aan de zaak, tenzij kort gezegd de schade aan *geen* van hen kan worden toegerekend.⁸²

3.7 Verjaring en verval

De hoofdelijke verbintenissen verjaren en vervallen elk afzonderlijk volgens de op de betreffende verbintenis toepasselijke wettelijke en contractuele regels. Verval of verjaring van een van de verbintenissen brengt geen wijziging aan in de andere verbintenissen, althans niet als gevolg van de enkele omstandigheid dat de verbintenissen in een hoofdelijkheidsverband tot elkaar staan.⁸³ Stuiting van de verjaring werkt – anders dan onder werking van art. 2020 BW (oud)⁸⁴ – slechts tegenover de hoofdelijke debiteuren jegens wie geldig is gestuit. Een verlengingsgrond heeft slechts betrekking op die verbintenis welke de verlenging betreft.⁸⁵

81 Zo werd in HR 6-10-1989, NJ 1990, 184 nt. PAS hoofdelijkheid van contractuele medehuurs aangenomen.

82 Een minder vergaande hoofdelijkheid treft men aan in art. 7:407 lid 2 BW (hoofdelijkheid van opdrachtnemers); dit artikel sluit overigens niet uit dat handelingen van de ene opdrachtnemer mede als tekortkoming aan de andere opdrachtnemer worden toegerekend. Zie TK 1982-1983, 17 779, nr. 3, p. 4 en Asser-Kortmann-De Leede-Thunnissen, 5-III, *Bijzondere overeenkomsten*, 7e druk Zwolle 1994, nr. 92.

83 Zie De Kok (1965), p. 153. Zie tevens Keuk (1968), p. 196 en Selb (1984), p. 85.

84 Daarover Hof 's-Gravenhage 18-1-1994, NJ 1995, 241 (Friesch-Groningse Hypotheekbank NV/Stemmerich).

85 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 112.

Dit alles is uiteraard anders als een wettelijke of geldige contractuele grond is aan te wijzen voor afwijking van deze regels⁸⁶ of als de hoofdelijke debiteuren moeten worden geacht (bijvoorbeeld krachtens volmacht) de stuitingsverklaring mede namens de andere debiteuren in ontvangst te nemen.⁸⁷ Als een hoofdelijke verbintenis afhankelijk is van een andere verbintenis, dan leidt verval of verjaring van deze laatste mede tot tenietgaan van de eerste.⁸⁸

3.8 Vermenging

Vermenging doet zich voor als een van debiteuren opvolgt in het crediteurschap of vice versa.⁸⁹ Zou een van de hoofdelijke debiteuren krachtens erfrecht rechtsoptvolger van de crediteur zijn, dan gaat de schuld van de betreffende debiteur door vermenging teniet. Welke gevolgen heeft dit voor de overige hoofdelijke verbintenissen? Er dienen zich op het eerste gezicht drie mogelijkheden aan: ofwel de overige verbintenissen blijven ongewijzigd voortbestaan, ofwel zij worden in omvang teruggebracht met het aandeel dat de debiteur in wiens vermogen de vermenging is opgetreden, intern draagplichtig is, ofwel de aansprakelijkheid van allen wordt teruggebracht tot dat deel dat zij intern draagplichtig zouden zijn geweest.

Als men wil aannemen dat de vermenging niet ten nadele van de andere debiteuren mag plaatsvinden, dan is daarmee de eerste mogelijkheid verworpen. De tweede mogelijkheid was naar oud recht de juiste (art. 1324 en 1473 BW (oud)). In het huidige wetboek is geen regeling getroffen voor de gevolgen van de vermenging, maar de wetgever lijkt per saldo te hebben gekozen voor continuering van het stelsel zoals dat gold onder oud BW. De Toelichting Meijers stelt weliswaar voorop dat vermenging geen gevolgen heeft voor de hoofdelijke verbintenissen

86 Naar Duits recht kan bijvoorbeeld een uitzondering zijn gelegen in een 'Vertrag mit Schutzwirkung für Dritte'; zie bijv. BGH 7-2-1968, BGHZ 49, 278. Vgl. art. 6:253 BW (derdenbeding).

87 Zie bijv. art. 10 lid 4 WAM, waarin is bepaald dat stuiting jegens de aansprakelijke mede de vordering jegens de verzekeraar stuit. Vgl. daarover HR 12-2-1982, NJ 1982, 563 nt. FHJM (Waarborgfonds Motorverkeer/AAZ Nutsziekenfonds). Zie daarover ook H.J. Snijders, NTBR 1998, p. 198. De stuiting jegens de verzekeraar ex art. 10 lid 4 stuit tevens de lopende verjaring jegens de aansprakelijke; zie B-GH 20-10-1989, NJ 1990, 660 nt. CHJB (ZVA/Van Asselt).

88 Zie m.n. art. 7:853 BW. Uit art. 10 lid 1 WAM, dat de vordering jegens de WAM-verzekeraar na drie jaar laat verjaren, blijkt m.i. dat deze vordering niet afhankelijk is van de vordering jegens de motorrijtuighouder c.q. bestuurder, waar de algemene vijf- en twintigjarige verjaringstermijn van art. 3:310 BW op van toepassing is. De onafhankelijkheid van de vordering jegens de WAM-verzekeraar is bevestigd door B-GH 21-12-1990, NJ 1991, 319 (Landsbond der Christelijke Mutualiteiten/Dedeyne c.s.), waarover nader Robben, a.w. (hoofdstuk 2, nt. 129), p. 217-219, en blijkt m.i. ook uit HR 3-12-1982, NJ 1983, 400 nt. BW (Nationale Nederlanden/Timmermans) en HR 12-6-1987, NJ 1988, 39 nt. G en EAAL (Verzekering Maatschappij Holland/Beek). Zie over het al of niet afhankelijke karakter van de vordering op de WAM-verzekeraar ook hiervoor par. 3.3.3.

89 Stauder (1964), p. 21.

van de overige debiteuren, maar voegt daar onmiddellijk aan toe dat een tot nakoming aangesproken debiteur in verrekening kan brengen hetgeen de crediteur als hoofdelijk debiteur intern draagplichtig is.⁹⁰

De door de wetgever gekozen verrekeningsmethode brengt de overige debiteuren in theorie niet in een slechtere positie dan waarin zij voor de vermenging verkeerden. Zij worden er in zoverre zelfs beter van, dat zij niet langer het risico behoeven te dragen van insolventie van betreffende debiteur in wiens vermogen de vermenging plaatsvond.

Toch is toepassing van de verrekeningsmethode niet altijd zonder problemen. Wat bijvoorbeeld te denken van het geval waarin de prestatie waarvoor hoofdelijkheid bestaat, ondeelbaar is? Uitvoering van de prestatie onder aftrek van het aandeel dat de crediteur intern draagplichtig was, zal onmogelijk zijn, tenzij hij intern volledig vrij was van draagplicht. Mogelijk moet worden aangenomen dat door de vermenging een conversie van de resterende (hoofdelijke) verbintenissen plaatsvindt. Zijn bijvoorbeeld twee personen gehouden de eigendom van een woning over te dragen aan een derde, en volgt een van de twee debiteuren deze derde in diens vermogen op, dan zou men de overblijvende debiteur voortaan gehouden kunnen achten zijn aandeel in de eigendom over te dragen. Maar de omvang van dat aandeel weerspiegelt niet noodzakelijkerwijs ook zijn interne draagplicht. De gevolgen van de vermenging zouden gemakkelijker te overzien zijn als de ondeelbare prestatie zou worden gewaardeerd op geld, zodat vervolgens de interne draagplicht daaraan kan worden gerelateerd. Een dergelijke methode zou ook kunnen worden gebruikt als de wetgever ervoor had gekozen om ingeval van vermenging de hoofdelijkheid geheel te laten vervallen.

Wat als de omvang van het aandeel in de interne draagplicht van de debiteur in wiens vermogen de vermenging is opgetreden, niet eenvoudig is vast te stellen? Kan het beroep op verrekening dan, met het oog op art. 6:136 BW, ook nog worden gehonoreerd? Het lijkt mij dat de aangesproken debiteur die de verrekening als verweer wil opwerpen, niet in een nadeliger positie mag komen te verkeren als gevolg van de vermenging. Zou zijn beroep op verrekening in rechte niet worden gehonoreerd omdat de gegrondheid niet op eenvoudige wijze is vast te stellen, dan leidt de vermenging daar juist wel toe: hij moet eerst de volledige prestatie verrichten, om vervolgens een deel ervan weer terug te eisen van degene aan wie hij de prestatie heeft geleverd. Dat is niet alleen omslachtig, maar het brengt ook extra kosten met zich. Het risico van insolventie van de crediteur die de volledige betaling ontving, kan bovendien worden vermeden als de verrekening hoe dan ook

90 Parl. Gesch. Boek 6, p. 101. In dezelfde zin voor Duits recht BGH 27-6-1961, BGHZ 35, 317. De meeste Duitse auteurs laten in het vage wat de rechtsgrond voor vermindering van de omvang van de hoofdelijke verbintenissen is; zie Erman § 425 rdnr. 9, Soergel § 422 rdnr. 8, Larenz I, p. 641, Selb (1984), p. 70, Prediger (1988), p. 42 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 47-49. Duidelijker: Motive, p. 166, H. Rüßmann, JuS 1988, p. 186.

wordt toegelaten door de rechter. Daarvoor is mogelijk meer nodig dan alleen een oordeel over de inhoud van de hoofdelijke verbintenissen, maar ook over de aandelen van de debiteuren onderling.

Van de moeilijkheden die de verrekeningsmethode met zich kan brengen, noem ik nog het probleem waar art. 6:135 BW de debiteur voor kan plaatsen. Stel dat twee personen opzettelijk in groepsverband iets toebrengen aan een derde; deze mededaders zijn hoofdelijk aansprakelijk (art. 6:102 BW). Gesteld dat zij intern gelijkelijk draagplichtig zijn, dan heeft rechtsopvolging door een hunner in het vermogen van de benadeelde tot gevolg dat de rechtsopvolger tegen een beroep op verrekening door de andere aansprakelijke het verrekeningsverbod van art. 6:135 sub b BW kan inbrengen. Dat kan niet de bedoeling zijn geweest van de wetgever; het voorbeeld toont aan dat de verrekeningsmethode niet gelukkig is.⁹¹ Een minder problematische wijze van 'verrekenen' zou zijn om de hoofdelijke verbintenissen van rechtswege in omvang verminderd te achten met het interne aandeel van de debiteur in wiens vermogen de vermenging zich heeft voorgedaan. Neemt men aan dat zulks van rechtswege geschiedt, dan zijn in elk geval de typische verrekeningsproblemen geëcarteerd.

De door de wetgever gekozen verrekeningsmethode leidt – naast de reeds behandelde bezwaren – tot ongewenste resultaten als vermenging plaatsheeft op grond van overdracht van de vorderingen op de debiteuren aan een hunner. Hiervoor in paragraaf 3.4.2 werd een dergelijke overdracht reeds aan de orde gesteld: de cessie-constructie. Door de vorderingen waarvoor hoofdelijkheid bestaat, niet te voldoen maar integendeel tegen betaling te 'kopen', tracht een van de hoofdelijke debiteuren zijn positie tegenover de mede-debiteuren te verbeteren. Door evenwel na cessie de rechten van de crediteur uit te oefenen jegens de andere debiteuren, ontwijkt de debiteur/cessionaris zijn interne positie, dat wil zeggen zijn regresverhouding ten opzichte van de andere debiteuren. Deze debiteuren kunnen weliswaar de verrekening inroepen,⁹² maar hun positie is niettemin verslechterd door de cessie-constructie. Als drie personen hoofdelijk een geldbedrag verschuldigd zijn, zij intern gelijkelijk draagplichtig zijn en één van hen de vorderingen van de crediteur op de overige debiteuren koopt, dan kan hij volgens de verrekeningsmethode van elk van de debiteuren hoofdelijk tweederde van het bedrag vorderen. Zou de debiteur zijn mede-debiteuren evenwel niet in zijn hoedanigheid van cessionaris aanspreken, maar uit hoofde van regres, dan zou zijn vordering jegens elk van de debiteuren tot eenderde beperkt zijn gebleven.

91 Zie voor meer algemene bezwaren tegen art. 6:135 sub b BW: J.B.M. Vranken, *Een vreemde bepaling: enige beschouwingen omtrent art. 6:1.10.12 sub b BW*, oratie Tilburg 1983.

92 Dit is beslist in HR 9-1-1987, NJ 1987, 506 nt. G (Delta Lloyd/Zwolsche Algemeene); de HR ging uitdrukkelijk voorbij aan het dogmatische probleem van het moment van ontstaan van de compensabele tegenvordering.

In het gegeven voorbeeld voorkomt de vermenging niet dat de verhouding van de debiteuren onderling door de cessie wordt gewijzigd.⁹³ Naar ik meen behoort het een debiteur echter niet te worden toegestaan de omvang van zijn regresrecht op zijn mede-debiteur(en) te vergroten door de vorderingen van de crediteur over te nemen. Eerder betoogde ik reeds dat de gecedeerde vordering niet op een wijze kan worden uitgeoefend die strijdig is met de rechtsverhouding van de debiteuren onderling.⁹⁴ Aangezien de door de wetgever voorgestane verrekeningsmethode hier niet tegen waakt, moet worden aangenomen dat de cessieconstructie in zoverre ongeldig is, namelijk voor zover de cessie ertoe strekt de regels met betrekking tot de interne rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren (art. 6:10 BW) te ontlopen.⁹⁵

3.9 Onvermogen, onbekendheid en onvindbaarheid

3.9.1 *het risico van onvermogen*

In hoofdstuk 2 bleek dat hoofdelijkheid kan worden omschreven als de gehoudenheid van twee of meer personen om dezelfde prestatie te verrichten. Bedacht moet worden dat deze typering slechts het gevolg aanduidt van de al dan niet toevallige samenloop van verbintenissen. De vraag of en zo ja, in welke mate verbintenissen samenlopen, vindt beantwoording buiten de rechtsfiguur hoofdelijkheid. Het kan zijn dat een overeenkomst of wetbepaling uitdrukkelijk en bedoeld aanleiding geeft tot samenloop; in dat geval hebben contractspartijen of de wetgever een samenloop van verbintenissen gecreëerd opdat de crediteur tot meerdere zekerheid van betaling niet één, maar twee of meer debiteuren tot zijn beschikking krijgt,

93 Betreft de hoofdelijkheid slechts twee debiteuren, dan leidt de vermenging in verband met de verrekening wel tot het juiste resultaat. Zie voor een toepassing daarvan Rb. Rotterdam 27-12-1915, NJ 1917, 283, vervolgd in Hof 's-Gravenhage 4-1-1918, W. 10270 (Staat Rumenië/NV Maatschappij s.s. 'Josephina'); zie voorts HR 10-7-1988, NJ 1989, 30 nt. JBMV (Skipool Bay Shipping/Rotterdam).

94 W.H. van Boom, WPNR 6235 (1996), p. 617, met nadere verwijzingen.

95 Zo reeds De Kok (1965), p. 152-153. Vgl. Rb. Rotterdam 10-5-1977, VR 1978, nr. 20, Ktg. Leiden 9-1-1985, VR 1985, p. 421. Zie voor Duitsland BGH 13-5-1955, BGHZ 17, 214, waarin de cessie 'gegenstandslos' werd verklaard. De uitspraak is bevestigd in BGH 4-7-1963, NJW 1963, p. 2067 en BAG 24-4-1986, NJW 1986, p. 3104. Geen van de uitspraken betrof echter een hoofdelijkheidsverband met meer dan twee debiteuren, zodat onduidelijk is of de rechtspraak van het BGH (of het BAG) verder gaat dan de Nederlandse wetgever met de verrekeningsmethode wilde gaan. H. Rüßmann, JuS 1988, p. 182 e.v., meent dat de hoofdelijkheid na verrekening van het betreffende interne aandeel van de cessionaris voor het overige gewoon blijft bestaan. Veel schrijvers zijn echter van mening dat de hoofdelijkheid geheel wegvalt en slechts aansprakelijkheid voor het eigen interne aandeel overblijft; zie Soergel § 422 rdnr. 8, § 425 rdnr. 18, Münch. Komm. § 425 rdnr. 10, Larenz I, p. 641, Selb (1984), p. 70. Vgl. ook nog BGH 9-6-1970, BGHZ 54, 177 en BGH 21-9-1983, JZ 1984, 230-234 nt. Reinicke en Tiedtke alsmede Schulz (1907), p. 60, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 40-41 en Von Olshausen (1988), p. 237 nt. 8.

waarvan elk tot de gehele prestatie kan worden aangesproken. In deze gevallen wordt bewust voor de hoofdelijkheidsfiguur gekozen om de crediteur zoveel als mogelijk te ontlasten van het risico van onvermogen. Zo zijn bij de fiscale medeaansprakelijkheden bijvoorbeeld in plaats van één twee of meer personen aansprakelijk voor afdracht van bepaalde belastingen. Daardoor neemt de kans toe dat de belastingschuld geheel zal worden voldaan; het risico van oninbaarheid door onvermogen neemt af. Zo is de uitdrukkelijke keuze voor hoofdelijkheid in bepalingen als art. 6:99 en 166 BW mede ingegeven door de nadelen die aansprakelijkheid naar rato van het markt- of (potentieel) veroorzakingsaandeel met zich brengt voor de crediteur.⁹⁶ Hoofdelijkheid biedt hem nu eenmaal meer inningsgemak dan '(aan)deelaansprakelijkheid';⁹⁷ bij deze laatste figuur is immers het risico van onvermogen niet zozeer verschoven naar de debiteuren, zoals bij hoofdelijkheid, als wel enigszins gespreid voor de crediteur. Afgezien daarvan kost de inning van 'deelschulden' meer tijd, moeite en geld dan de inning ineens bij een van de hoofdelijke debiteuren.⁹⁸

De samenloop kan zich ook toevallig voordoen, bijvoorbeeld wanneer twee personen onafhankelijk van elkaar verplicht zijn tot bevrediging van hetzelfde vermogensbelang van een bepaalde crediteur. Zo vindt een hoofdelijkheidsverband dat ontstaat door de toevallig samenlopende onrechtmatige daden van twee personen, zijn grond in de werking van art. 6:98 BW in de rechtsverhouding van elk van de aansprakelijken tot de benadeelde. Als de schade in voldoende causaal verband staat tot de daad van de aangesprokene, dan is hij voor de volledige schade aansprakelijk. Dat ook een ander voor dezelfde schade kan worden aangesproken, wijzigt de inhoud van de verbintenis niet.⁹⁹ Een dergelijke wijziging doet zich dan ook niet voor als deze ander onvermogend blijkt te zijn. De Hoge Raad verwoordde dit in 1955 voor de toenmalige categorie van toevallig samenlopende verbintenissen aldus:¹⁰⁰

'(...) dat dan ook ingeval een schade het gevolg is geweest van onrechtmatige daden van meer dan een persoon ieder hunner, als vallende onder den regel

96 Zie voor art. 6:99 BW HR 9-10-1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des-dochters), r.ov. 3.7.3. en 3.8. Instemmend: Brunner in zijn noot, sub 5. Zie over dit aspect van de uitspraak bijv. J. Spier, NTBR 1992, p. 195, p. 197, en – kritisch – A.J. Akkermans, *Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband*, diss. Tilburg 1997, p. 362-366. Zie voor art. 6:166 BW Boonekamp (1990), p. 22-23. Vgl. voor Duits recht Akkermans, a.w., p. 64.

97 Vgl. Larenz II-2, p. 572, Lumm (1968), p. 158-159 en Vanquickenborne (1975), p. 12. Zie ook Hof 's-Hertogenbosch 26-6-1995, NJ 1997, 239, r.ov. 4.5.3.

98 Von Savigny (1851), p. 217-218. Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 354 en Spier (1992), p. 23.

99 Zie HR 3-5-1901, W. 7601 (Jansen van Oist/Ariese), HR 18-6-1920, WPNR 2667 (1921) nt. EMM, W. 10630 nt. HdJ ('Lied der Natuur'), HR 30-10-1925, NJ 1926, 157, nt. PS (Aldebaran); zie nader W.H. van Boom, Aansprakelijkheid naar rato van het veroorzakingsaandeel, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Tussen 'Alles' en 'Niets'*, Deventer 1997, p. 147 e.v.

100 HR 4-11-1955, NJ 1956, 1 nt. LEHR (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen).

van art. 1401, jegens den benadeelde voor het geheel tot vergoeding van de schade is gehouden;
dat derhalve de benadeelde een hunner tot vergoeding van de gehele schade kan aanspreken;
dat daarin voor den aangesprokene persoon ook hierom niets onredelijks is gelegen, omdat tussen degenen die jegens den benadeelde tot vergoeding verplicht zijn, onderling verhaalsrecht bestaat;
dat weliswaar bij dit verhaalsrecht het risico van onvermogen van een regresplichtige op den regresgerechtigde drukt, doch zulks minder onbevredigend is dan dat – gelijk de opvatting der Rb. medebrengt – dit risico door den benadeelde zou worden gedragen.’

De hoofdregel is dus dat het onvermogen van een van de debiteuren geen invloed heeft op de verbintenissen tussen de crediteur en de overige debiteuren.¹⁰¹ Voor de vroegere categorie van de toevallig samenlopende verbintenissen omarmde de Hoge Raad dit uitgangspunt omdat hij het alternatief, te weten toedeling van het risico van onvermogen aan de benadeelde, het minst verkieslijk vond. Voor de bedoelde samenloop van verbintenissen wordt veelal gekozen door contractspartijen of wetgever (mede) met het oog op eventueel onvermogen van een der debiteuren.¹⁰² Voor beide gevallen van samenloop geldt daarom dat onvermogen van de ene debiteur geen invloed heeft op de rechtsverhouding van de andere debiteur tot de crediteur.

Deze regel is intussen niet zonder uitzondering. De aard van de rechtsverhouding tussen crediteur en aangesproken debiteur kan met zich brengen dat onvermogen van de andere debiteur vermindering van de betalingsplicht voor de aangesproken debiteur ten gevolge heeft. Een bijzonder voorbeeld is het geval waarin de Centrale Raad van Beroep de hoofdelijke aansprakelijkheid van bestuurders voor door de vennootschap verschuldigde sociale premies tot deelschuld reduceerde vanwege de onmogelijkheid van regres op medebestuurders.¹⁰³

Een uitzondering op de regel kan voorts zijn gelegen in de beperkende werking van de redelijkheid en billijkheid. In een uitspraak uit 1980 heeft de Hoge Raad daarover enige aanknopingspunten gegeven.¹⁰⁴ Het betrof een opdracht van A aan B om zaken naar D te vervoeren. B schakelt hiertoe op eigen naam vervoerder C in; C bedingt dat naast B ook A en D hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de

101 Vgl. Le Tourneau-Cadiet (1996), nr. 856.

102 Zie de vele voorbeelden die de Inv.W. biedt. Zie over deze ratio ook CRvB 26-2-1992, RSV 1993, 82, CRvB 27-7-1994, VN 1994, p. 3358, Rb Groningen 12-5-1995, VN 1995, p. 2943.

103 Zie CRvB 5-4-1993, RSV 1994, 37, en daarover met nadere verwijzingen: R.J. van Galen, *Beslissingen omtrent het instellen en voeren van een procedure wegens onbehoorlijk bestuur*, in: R.D. Vriesendorp (red.), *Onbehoorlijk bestuur in het insolventierecht*, Deventer 1997, p. 60-61. Anders besliste Belastingkamer HR 3-2-1988, NJ 1988, 703 inzake (hoofdelijke) aanslag o.z.-belasting. Vgl. over die kwestie voordien P. Schaminée en B.W.M. Nieskens-Isphording, NJB 1987, p. 1255 e.v.

104 HR 15-2-1980, NJ 1980, 327 nt. GJS (NPRC/Atlas en Milchsack).

verplichtingen van B uit de betreffende overeenkomst. Als B tekortschiet en faillieert, spreekt crediteur C zowel A als D aan tot nakoming. De vraag die in cassatie aan de orde kwam, was of de crediteur in strijd met redelijkheid en billijkheid had gehandeld door de hoofdelijke debiteuren A en D pas aan te spreken na faillietverklaring van debiteur B. Uiteraard moest worden aangenomen dat dit in beginsel niet het geval is. Juist in dergelijke situaties bewijst hoofdelijkheid haar diensten! Maar er zijn uitzonderingen denkbaar. De Hoge Raad geeft aan dat daarvoor feiten en omstandigheden moeten worden vastgesteld, die meebrengen dat de crediteur zich met het oog op de belangen van de hoofdelijke debiteuren eerder tot dezen had moeten wenden. Dat zal zich in het bijzonder voordoen als de crediteur reden had om betalingsmoeilijkheden te verwachten van de zijde van de later insolvent geraakte debiteur, en in verband daarmee de hoofdelijke medeschuldenaren had behoren te waarschuwen, zodat benadeling van deze medeschuldenaren kon worden voorkomen.

Een dergelijke waarschuwingsplicht, rustend op de crediteur, doet zich naar mijn mening slechts onder bijzondere omstandigheden voor.¹⁰⁵ Onvoldoende is dat de crediteur reden heeft om insolventie van een van de hoofdelijke debiteuren te verwachten; hij moet voorts op de hoogte zijn van mogelijke benadeling door deze insolventie. Waarin kan die benadeling zijn gelegen? Het kan zich voordoen dat A en D hun aandeel in het hoofdelijk verschuldigde juist hadden voldaan aan medeschuldenaar B, met de opdracht om de hoofdelijk verschuldigde prestatie aan de crediteur te voldoen. Als de crediteur er op dat moment van op de hoogte is dat B op een faillissement afstevent, dan kan de crediteur op grond van redelijkheid en billijkheid verplicht zijn de debiteuren A en D hiertegen te waarschuwen. In wezen verwijt men de crediteur dan niet dat hij deze medeschuldenaren niet eerder tot nakoming heeft aangesproken, maar veeleer dat hij niet voorkomen heeft dat A en D hun aandeel in de verschuldigde prestatie aan B voorgeschoten hebben.

Een andere uitzondering op de regel dat het onvermogen van een der debiteuren geen gevolgen heeft voor de omvang van de aansprakelijkheid van de overige debiteuren, treft men aan in art. 6:102 lid 2 BW: als schade mede veroorzaakt is door een aan de benadeelde toe te rekenen omstandigheid, dan kunnen de hoofdelijk aansprakelijke veroorzakers zich er op beroepen dat de benadeelde mede de gevolgen dient te dragen van onvermogen een hunner. Het stelsel van art. 6:102 lid 2, dat niet zonder kritiek is gebleven, blijft hier verder buiten bespreking.

¹⁰⁵ Zie voor uit borgtocht voortvloeiende waarschuwingsplichten van de crediteur jegens de borg HR 13-3-1964, NJ 1964, 188 (Los/Auto Financier NV), HR 11-1-1974, NJ 1974, 179 (Van der Velde/AMRO Bank). Vgl. Rb. Arnhem 8-1-1998, JOR 1998, 99 nt. E. Loesberg (American Express/Rauwendaal).

Uitzonderingen zijn uiteraard ook mogelijk bij overeenkomst. De crediteur kan met twee hoofdelijke debiteuren afspreken dat onvermogen van de ene debiteur leidt tot vermindering van de prestatieplicht van de andere debiteur. Partijen doorbreken dan de samenloop van verbintenissen. Een dergelijke afspraak staat niet per se in de weg aan toepassing van de regels inzake hoofdelijkheid, maar in de regel zal een dergelijke afspraak, gemaakt bij het aangaan van bepaalde verplichtingen, er ex art. 6:6 lid 1 BW toe leiden dat geen hoofdelijkheid ontstaat, doch evenzovele 'deelschulden' als er debiteuren zijn. Zie nader hiervoor paragraaf 2.5.1.

3.9.2 *faillissement van de debiteur; positie van de crediteur*

Als van drie hoofdelijke debiteuren er twee failleren, dan zal de crediteur zich veelal tot de overgebleven debiteur wenden teneinde volledige betaling te verkrijgen. Deze debiteur draagt alsdan – behoudens de in de vorige paragraaf gesignaleerde uitzonderingen – volledig het risico van onvermogen van zijn mede-debiteuren, dat wil zeggen het risico dat een eventueel regresrecht jegens de twee insolvente debiteuren illusoir zal blijken. Zijn evenwel alle debiteuren gefailleerd of blijkt de derde debiteur geen vermogensbestanddelen te hebben die voor uitwinning vatbaar zijn, dan zal de crediteur zijn vorderingen ter verificatie moeten indienen in een of meer van de faillissementen. Volgens de beginselen van de hoofdelijkheid zou de crediteur in elk faillissement zijn vordering op de betreffende failliet kunnen indienen, met dien verstande dat, mocht het in een van de faillissementen tot uitkering komen, alle hoofdelijke verbintenissen afnemen met het bedrag van de uitkering. Betaling, al dan niet gedwongen, heeft immers delgende werking voor alle verbintenissen (art. 6:7 BW j° art. 3:297 BW). Het gevolg hiervan zal veelal zijn dat de crediteur nooit geheel wordt bevredigd.¹⁰⁶ In art. 136 lid 1 Faillissementswet is echter anders bepaald:¹⁰⁷

Indien van hoofdelijke schuldenaren een of meer in staat van faillissement verkeerden, kan de schuldeischer in het faillissement van dien schuldenaar, onderscheidenlijk in het faillissement van ieder dier schuldenaren opkomen voor en betaling ontvangen over het geheele bedrag, hem ten tijde der faillietverklaring nog verschuldigd, totdat zijne vordering ten volle zal zijn gekweten.

Deze bepaling leidt ertoe dat bij gelijktijdige faillietverklaring van de drie debiteuren in elk van de faillissementen de vorderingen volledig kunnen worden geverifieerd;

¹⁰⁶ Zie het rekenvoorbeeld bij Von Olshausen (1988), p. 243.

¹⁰⁷ Voor surséance van betaling wordt art. 136 van overeenkomstige toepassing verklaard in art. 260 lid 2 Fw.

komt het in een van de faillissementen tot uitkering, dan blijft de omvang van de vorderingen in de andere twee faillissementen voor doeleinden van de verificatie ongewijzigd.¹⁰⁸ Het percentage dat de crediteur in deze faillissementen eventueel ontvangt, wordt berekend over de omvang van de vordering zoals deze voor faillietverklaring was.¹⁰⁹ Het doel hiervan is uiteraard een zo hoog mogelijke opbrengst voor de crediteur te realiseren in elk van de faillissementen, liefst totdat zijn vordering ten volle zal zijn gekweten.¹¹⁰

Bij de invoering van de Faillissementswet aan het einde van de vorige eeuw werd veel kritiek geuit op de voorgenomen regeling in art. 136. Het voornaamste bezwaar dat tegen de regeling werd ingebracht, was dat het de crediteur in wezen een bevoorrechte positie gaf die niet op de hoofdelijkheid was terug te voeren: als twee debiteuren een bedrag van *f* 1000,- hoofdelijk verschuldigd waren, en één failleerde, waarna de andere debiteur *f* 900,- voldeed, dan kon de crediteur in het faillissement van de eerste niettemin voor *f* 1000,- opkomen. Was deze *f* 900,- evenwel vóór de betreffende faillietverklaring betaald, dan kon de crediteur slechts voor *f* 100,- opkomen.¹¹¹

De critici achtten juist en minder arbitrair een stelsel dat meer in overeenstemming was met de delgende werking van betaling in het ene faillissement voor de omvang van de vordering in de andere faillissementen.¹¹² De critici hadden sterke kaarten; het risico dat de crediteur niet volledig bevredigd zou worden ingeval van faillissement van meerdere debiteuren, is immers aan alle obligatoire vorderingen gemeen. Hoofdelijkheid biedt wat dit betreft al meerdere zekerheid doordat er meer debiteuren zijn die voor betaling instaan. Hoofdelijkheid noopt er echter niet toe de delgende werking van gedeeltelijke betaling uit de executieopbrengst bij faillissement terzijde te stellen.

De wetgever volhardde niettemin en achtte de regeling – in navolging van Molengraaff – in overeenstemming met de strekking van hoofdelijkheid, zijnde

108 Zie N.J. Polak, C.E. Polak, *Faillissementsrecht*, 6e druk Alphen aan de Rijn 1995, p. 185.

109 Zie voor een toepassing van deze regel HR 2-1-1942, NJ 1942, 296 (De Bruyn/Utrechtsche Provinciebank) en BGH 22-1-1969, NJW 1969, p. 796.

110 Zie Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6 (Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering etc.), Deventer 1992, p. 420. Vgl. G. Kuhn, W. Uhlenbruck, *Konkursordnung*, 10e druk München 1986, § 68 KO, rdnr. 11, H. Hess, *Kommentar zur Konkursordnung*, 4e druk Neuwied 1993, § 68, rdnr. 7.

111 Deze regel geldt zelfs indien de in het voorbeeld genoemde *f* 900,- betaald was uit hoofde van verdeling van de opbrengst uit het voordien afgewikkelde faillissement van de andere debiteur. Zie N.J. Polak, *Faillissement en surséance van betaling*, 7e druk Groningen 1972, p. 277.

112 M.P. Schlesinger, *Tijdschrift voor het Nederlandsch Regt* 1872, p. 30 e.v., N.K.F. Land, *Themis* 1879, p. 185-189, E.W. Insinger, *Rechten van den houder en van betaald hebbende endossanten bij faillissement van het wisselpersoneel*, diss. UvA 1888, m.n. p. 40-42, R. Feith, *Themis* 1891, p. 325-329, Cohen (1891), p. 55 e.v.

bescherming van de crediteur tegen insolventie van (een of)¹¹³ meer der debiteuren. Bovendien, zo werd benadrukt, stemde de voorgestelde regeling overeen met hetgeen in de meeste Europese rechtsstelsels gold.¹¹⁴ De wettelijke regeling werd ook wel verdedigd met de opvatting dat zij recht doet aan het zogenaamde onveranderlijkheidsbeginsel, op grond waarvan de posities van crediteuren met de faillietverklaring onveranderlijk worden.¹¹⁵

Art. 136 lid 1 Fw. is bij invoering van het nieuwe BW ongewijzigd gebleven, maar de gronden die de wetgever daarvoor aanvoert zijn weinig overtuigend. De wetgever benadrukt met name de nadelen van de delgende werking van de uitkering in een van de faillissementen; over de gevolgen van die delgende werking wordt namelijk het volgende opgemerkt:

‘Aldus kunnen zowel willekeurige verschillen ontstaan in wat de schuldeiser uit hoofdelijke verbintenis uiteindelijk ontvangt, als in wat uiteindelijk toekomt aan de andere schuldeisers in beide faillissementen. Bovendien biedt dit mogelijkheden tot manipulatie. De schuldeiser kan er immers belang bij hebben een uitkering in één faillissement te rekken, bij voorbeeld door verzet tegen een uitdelingslijst terwijl ook de curatoren de uitkomst door onderlinge afspraken omtrent de volgorde van afwikkeling kunnen beïnvloeden, om nog maar niet te spreken van het geval dat het gaat om een tweetal faillissementen waarin wegens hun onderlinge verband slechts één curator is benoemd (..).’¹¹⁶

Deze zwaar aangezette argumenten overtuigen niet. Ze verliezen namelijk uit het oog dat de crediteur uit hoofde van de hoofdelijkheid reeds kan opkomen in alle faillissementen voor elk van de hoofdelijke vorderingen en dat het bedrag waarvoor hij opkomt, slechts afneemt indien en voorzover hem daadwerkelijk een bedrag is uitgekeerd. Daarin verschilt de crediteur met hoofdelijke vorderingen van andere crediteuren: elke ‘gewone’ crediteur zou na ontvangst van zijn percentage slechts een natuurlijke verbintenis op de debiteur overhouden. De crediteur die hoofdelijke vorderingen ter verificatie indient, heeft meerdere ijzers in het vuur liggen en ontvangt daardoor uiteindelijk een hoger percentage. Dat hij bij faillissement van al zijn debiteuren realiter nooit volledig bevredigd zal worden,¹¹⁷ lijkt mij een aan persoonlijke aanspraken inherent risico te zijn.

113 Bij wetswijziging van 1925 werd in art. 136 Fw. ‘twee of meer’ vervangen door ‘een of meer’; zie S.C.J.J. Kortmann, N.E.D. Faber, *Geschiedenis van de Faillissementswet*, deel 2-III, Zwolle 1995, p. 268.

114 W.L.P.A. Molengraaff, RM 1891, p. 552 e.v., Regeringsantwoord naar aanleiding van het verslag van de Tweede Kamer, in: G.W. van der Feltz, *Geschiedenis van de wet op het faillissement*, 2e deel, Haarlem 1897, p. 142, W.L.P.A. Molengraaff, *De Faillissementswet*, 's-Gravenhage 1898, p. 362. Zie voor Duitsland § 68 KO, inmiddels overgenomen in het nieuwe § 43 InsO.

115 Zie het Regeringsantwoord, in: Van der Feltz, a.w., p. 143, Polak-Polak, a.w. (nt. 110), p. 186.

116 Parl. Gesch. Inv. Boeken 3, 5 en 6 (Wijziging van het wetboek van burgerlijke rechtsvordering etc.), p. 421.

117 Hiertegen loopt W.L.P.A. Molengraaff, a.w. (nt. 114), p. 361, nogal te hoop.

Het argument dat het onwenselijk is om hetgeen de crediteur ontvangt uit de faillissementsopbrengsten, afhankelijk te doen zijn van de volgorde van afwikkeling van het faillissement, is oneigenlijk. Het werkelijke probleem is dat failliete boedels nu eenmaal niet dezelfde uitkeringspercentages kennen. De oorzaak daarvan is gelegen in andere factoren dan de volgorde van afwikkeling. Door die factoren te corrigeren op de wijze waarop de wet dat doet, krijgt de crediteur van hoofdelijke verbintenissen een voorrangspositie die – zo werd ruim honderd jaar geleden reeds betoogd – op gespannen voet staat met de *paritas creditorum*.¹¹⁸ De voorrangspositie vloeit in elk geval niet onvermijdelijk voort uit de rechtsfiguur hoofdelijkheid.

Hoe dit alles zij, art. 136 lid 1 Fw. staat toe dat de crediteur in de verificatie voor meer opkomt dan waartoe hij op dat moment in werkelijkheid gerechtigd is. Voorzover het faillissement eindigt zonder dat op de hoofdelijke schuld uitkering heeft plaatsgevonden, herkrijgt de crediteur zijn rechten jegens de betreffende debiteur (art. 195 Fw.). Naar mag worden aangenomen houdt dit in dat de betreffende debiteur wederom tot nakoming van de verbintenis kan worden aangesproken voorzover deze intussen nog niet gedelgd is tengevolge van nakoming door een andere debiteur.¹¹⁹ Naar voorts mag worden aangenomen geldt dit ook indien (oneigenlijke) opheffing van het faillissement heeft plaatsgevonden.

Voor de gevolgen van een faillissementsakkoord bepaalt art. 160 Fw. dat de crediteur die aan het akkoord is gebonden, zijn rechten jegens de andere hoofdelijke debiteuren volledig behoudt.¹²⁰ Het akkoord wijzigt de andere hoofdelijke verbintenissen dus niet; in zoverre is het akkoord een kwijtschelding die niet mede ertoe strekt de overige debiteuren te bevrijden.¹²¹ Deze kwijtschelding zou normaal gesproken ertoe leiden dat accessoire verbintenissen zoals die uit borgtocht in zoverre tenietgaan, maar art. 160 Fw. bepaalt voor de borgtocht uitdrukkelijk dat de verbintenis van de borg onaangetast blijft.¹²² De nakoming van de prestatie waartoe het akkoord aanleiding geeft, heeft overigens wel gedeeltelijke delgende

118 Van der Feltz, a.w., p. 141.

119 Indien echter wegens nagekomen baten alsnog uitkering op de hoofdelijke vordering plaatsheeft, zal de uitkering ex art. 136 j° art. 194 Fw. plaatsvinden op basis van de omvang van de vordering zoals die ten tijde van faillietverklaring was.

120 Zie Molengraaff, a.w. (nt. 114), p. 413. Art. 160 Fw. is van overeenkomstige toepassing bij een akkoord in surséance; zie art. 272 lid 5 Fw.

121 Aldus in essentie HR 18-5-1990, NJ 1991, 412 nt. MMM (CLBN/De Maes Janssens). Anders: Memorie van Toelichting bij art. 160 Fw., in: Van der Feltz, a.w., p. 189.

122 De ratio hiervan is niet geheel duidelijk; nu eens wordt er de nadruk op gelegd dat de crediteur de borg juist in dergelijke omstandigheden als bij faillissement van de hoofdschuldenaar hard nodig heeft, dan weer wordt er met name op gewezen dat het niet de borg is die in kommervolle omstandigheden verkeert en dat deze daarom niet behoeft te worden ontzien; zie Molengraaff, a.w. (nt. 114), p. 411 en HR 14-6-1929, NJ 1929, 1483 nt. EMM (Advocaat X/Crediet-, Deposito- en Effectenbank) resp. Memorie van Toelichting op het toenmalige wetsvoorstel schuldsanering particulieren, TK 1992-1993, 22 969, nr. 3, p. 17-18.

werking voor alle debiteuren;¹²³ het betreft immers nakoming van (een gedeelte van) de oorspronkelijke schuld.

3.9.3 *onbekendheid en onvindbaarheid*

Bij hoofdelijkheid is niet altijd sprake van debiteuren die op voorhand bekend zijn met elkaars identiteit. Bij de toevallige samenloop van twee verbintenissen kan zich deze onbekendheid voordoen. Ook na het toevallig samenlopen kan de identiteit van een van de hoofdelijke debiteuren onbekend blijven aan zowel (mede)-debiteur als crediteur. Bij toepassing van art. 6:102 BW is onbekendheid van de identiteit niet relevant; de sleutel tot toepassing van dat artikel is namelijk gelegen in de toevallige samenloop van schadevergoedingsverbintenissen, die elk voor zich gerechtvaardigd worden door art. 6:98 BW. Is in de verhouding tussen benadeelde en veroorzaker voldoende grond voor toerekening van de schade, dan is de laatste aansprakelijk voor de schade ongeacht eventuele mede-aansprakelijkheid, laat staan de eventuele onbekendheid of onvindbaarheid van deze mede-aansprakelijke. Dit laat overigens onverlet de mogelijkheid dat reeds in het kader van art. 6:98 BW de concrete onbekendheid of onvindbaarheid van een mede-aansprakelijke wordt verdisconteerd in de omvang van de schadevergoedingsplicht.¹²⁴

123 Tenzij op die debiteuren inmiddels art. 136 Fw. van toepassing is.

124 Vgl. Van Boom, t.a.p. (nt. 99), p. 135 e.v.

Interne rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid

4.1 Inleiding: toedelen en verdelen

Wanneer een van de debiteuren de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht, is de crediteur in het betreffende vermogensbelang bevredigd en gaan alle hoofdelijke verbintenissen teniet. Zou daarmee de kous af zijn, dan zou hoofdelijkheid geen andere gevolgen hebben dan bevrijdende werking en zou de prestatie geheel ten laste komen van het vermogen van de debiteur die de prestatie verrichtte. De andere debiteuren zouden bevrijd zijn zonder dat zij enig gevolg hiervan in hun vermogen ervoeren. Het is niet ondenkbaar dat 'de schade' aldus valt en blijft liggen waar zij niet thuishoort, namelijk bij een niet- of niet geheel draagplichtige debiteur.¹ Het is in dergelijke gevallen namelijk de crediteur die draagplicht toedeelt door zijn keuze om een bepaalde debiteur al of niet tot nakoming aan te spreken. Hoofdelijkheid wordt dan een dobbelspel waarbij de crediteur de stenen werpt.² Debiteuren zouden er in dat geval mogelijk ook belang bij hebben om (geheime) afspraken met de crediteur te maken over uitoefening van diens keuzerecht.³ Dit zou slechts anders zijn indien er buiten het hoofdelijkheidsverband een specifieke rechtsgrond – zoals een overeenkomst – bestond voor verdeling onder de debiteuren van de lasten die met de prestatie zijn gemoeid.

Kortom, als hoofdelijkheid inderdaad slechts betreft de toedeling en niet ook verdeling van de lasten die met de verschuldigde prestatie zijn gemoeid, kunnen aperte onbillijkheden het gevolg zijn. Bezieet men de historische ontwikkeling van hoofdelijkheid in de verschillende rechtssystemen nader, dan valt steeds een ontwikkeling te bespeuren waarbij de nadruk allengs verschuift van de 'toedeling' door de crediteur naar 'verdeling' onder de debiteuren teneinde deze onbillijkheden weg te nemen c.q. te voorkomen. Het eindpunt van deze ontwikkeling lijkt voorlopig te zijn dat elke vorm van hoofdelijkheid als tegenwicht een of ander 'recht op bijdragen' van de debiteuren onderling kent.

1 In deze zin Schulz (1907), p. 45, Meier (1936), p. 21, p. 65, Steinbeis (1974), p. 144, Selb (1984), p. 90, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 61, Giesberts (1990), p. 202-203, Brox (1992), rdnr. 431, Droste (1994), p. 122.

2 Von Savigny (1851), p. 229 spreekt in dit verband van een 'Glücksspiel'. Vgl. Van Weel (1863), p. 267, Loeff (1891), p. 271. Zie ook Weir (1976), § 12-106 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-3.

3 De angst voor deze 'collusion' is onder Amerikaanse auteurs een belangrijk argument pro regres. Zie bijv. John. W. Wade, 10 AM.J. TRIAL ADVOCACY (1986), p. 194. Vgl. Oftinger-Stark (1995), § 10-46.

4.2 Historische ontwikkeling: van vorm naar wezen

In het Romeinsrechtelijke actiënstelsel ontbrak lange tijd een algemene 'actie' tot bijdragen in de verrichte prestatie.⁴ Hoofdelijkheid betrof in de oud-Romeinse optiek alleen de verhouding tussen de crediteur enerzijds en de debiteuren anderzijds; een recht op bijdragen tussen de debiteuren onderling was aan het wezen van hoofdelijkheid vreemd.⁵ Wilde een hoofdelijke debiteur van zijn mede-debiteuren een bijdrage vorderen, dan kon dat slechts als er een bijzondere actie was die op hun rechtsverhouding kon worden toegepast. De meest voor de hand liggende acties waren die uit maatschap, lastgeving of – later – zaakwaarneming.⁶ Voor het welslagen van dergelijke acties was echter meer nodig dan het toevallig samenlopen van verbintenissen.

Toen in een later stadium van de Romeinse rechtsontwikkeling de 'overdracht' van vorderingen mogelijk werd geacht,⁷ kwam de hoofdelijke debiteur uiteindelijk het recht toe om – bij gebreke van een specifieke actie – overdracht te eisen van de vordering op de mededebiteur, opdat met deze vordering regres kon worden genomen.⁸ De aangesproken debiteur mocht zelfs betaling aan de crediteur opschorten totdat hem de betreffende vordering werd overgedragen; zijn betaling werd geacht tot koopprijs te strekken van de betreffende vordering.⁹ Het recht op bijdragen jegens de mede-debiteuren werd dus geconstrueerd met behulp van de overdracht van de vordering van de crediteur, en wel 'ten titel van koop'. Weer later werd de debiteur die had betaald zonder evenwel de overdracht te vorderen, met een 'actio utilis' tegen de mede-debiteur toebedeeld.¹⁰ Deze 'actio utilis' stelde elke hoofdelijke debiteur in staat om na betaling aan de crediteur, bijdragen te vorderen van de mede-debiteuren als ware de vordering overgedragen aan de

4 Kaser (1971), p. 659.

5 Van Weel (1863), p. 268. Vgl. Von Savigny (1851), p. 227-228. Zie ook nu nog in deze zin Asser-Hartkamp I (1996), nr. 104.

6 Zie Von Savigny (1851), p. 232-239, Cohen (1891), p. 39, Kaser (1971), p. 665-667, H. Hausmaninger, W. Selb, *Römisches privatrecht*, 7e druk Wenen 1994, p. 371, p. 377.

7 Het begrip 'overdracht' plaats ik tussen aanhalingstekens, aangezien niet direct sprake was van een werkelijke overgang. Zie Kaser (1971), p. 652 e.v., dezelfde, *Das Römische privatrecht*, 2e deel, 2e druk München 1975, p. 451 e.v.

8 Zie Zimmermann (1990), p. 132-136, Pothier, nr. 280, Cohen (1891), p. 39-40, Mitchell (1994), p. 57-58.

9 Zie Schulz (1907), p. 12 e.v., Kerr Wylie (1923), p. 319, Kaser (1971), p. 659, Wesener (1965), p. 341 e.v., D. Medicus, *Der fingierte Klagenkauf als Denkhilfe für die Entwicklung des Zessionsregresses*, in: D. Medicus, H.H. Seiler (red.), *Festschrift für Max Kaser*, München 1976, p. 391 e.v.

10 Zie over deze ontwikkeling Von Savigny (1851), p. 239-251, Wesener (1965), p. 360-361.

betalende debiteur. Een 'actio utilis' van deze strekking doet qua vorm denken aan de rechtsfiguur die wij thans kennen als subrogatie.¹¹

Terwijl in het gerecipieerde gemene recht de behoefte aan een regresrecht werd bevredigd met behulp van opgerekte maatschaps-, lasthebbers- en zaakwaarnemersacties enerzijds en een verdere ontwikkeling van de gedwongen of gefingeerde cessie anderzijds, legde men in Frankrijk een vergelijkbare dubbele grondslag voor regres in de Code Civil neer.¹² In de eerste plaats ging de vordering van de crediteur jegens de hoofdelijk verbonden debiteuren bij wijze van subrogatie over op de debiteur die de schuld voldeed (art. 1251, 3° C.C.). In de tweede plaats werd in art. 1214 een zelfstandig recht op bijdragen neergelegd. Hoewel deze bepaling leek te breken met het Romeinse 'actiënstelsel', werd en wordt nog immer gemeend dat de eigenlijke grondslag van het recht op bijdragen uit art. 1214 C.C. gelegen is in het wederzijdse lasthebberschap van hoofdelijke debiteuren, of ook wel de zaakwaarneming.¹³

Als bekend heeft geen van de Franse lastgevings- of zaakwaarnemingstheorieën in Nederland aanhang van betekenis gekend.¹⁴ Evenmin zijn andere (gecodeerde) bronnen van verbintenis – zoals de onrechtmatige daad of ongerechtvaardigde verrijking – ingeroepen om het recht op bijdragen bij hoofdelijkheid te rechtvaardigen.¹⁵ De betrekkelijk comfortabele uitgangspositie die een directe wettelijke grondslag als art. 1329 BW (oud) bood, maakte een bezinning op grondslagen blijkbaar overbodig.¹⁶ Maar ook zonder het gemak van een directe wettelijke grondslag werd zonder omhaal van woorden het bestaan van een (buitenwettelijk) verhaalsrecht in ons recht aanvaard. Wat betreft de toevallig samenlopende

11 Over de gemengd Romeins-Franse herkomst van subrogatie zie men Pierson (1941), p. 5-12, A.W.J. van Vrijberghe de Coningh, *Subrogatie*, Zwolle 1943, p. 2-8, Stanley McDermott jr., 25 TULANE L. REV. (1951), p. 358, J. Mestre, *La subrogation personnelle*, Parijs 1979, p. 21-34, Goff en Jones (1993), p. 589, Friedmann en Cohen (1991a), § 10-17.

12 Zie daarover bijv. Cohen (1891), p. 154-155, die stelt dat de dubbele rechtsgrond (eigen en gesubrogeerd regresrecht) in de Code Civil afkomstig is van Pothier, die het Romeinsrechtelijke 'beneficium actionum cedendarum' combineerde met de Franse praktijk waarbij uit billijkheids-overwegingen aan de maatschaps- en lastgevingsacties een zeer ruim toepassingsbereik werd toegekend.

13 Knap (1925), p. 33, Cornelis, t.a.p. (nt. 18), p. 8, Malaurie-Aynès (1996), nr. 1155, Terré-Simler-Lequette (1996), nr. 1162. Vgl. ook Van Weel (1863), p. 267, 284, 291 en p. 308, die voor het BW (oud) geen andere algemene rechtsgrond voor regres ziet dan de subrogatie van art. 1438, 3° BW.

14 Zie over deze lastgevingstheorieën hiervoor par.2.2. Zie nader over de zaakwaarneming als bron van regres hierna par. 4.4.5.

15 Zie over de onrechtmatige daad als bron van 'regres' ook hierna par. 4.4.5.

16 Art. 1329 BW luidde: 'De mede-schuldenaar eener hoofdelijke verbindtenis die de geheele schuld voldaan heeft, kan van de overige niet meer terug vorderen dan het aandeel van iedere hunner bedraagt. Indien een van hen onvermogen is om te betalen, wordt het verlies, door zijn onvermogen veroorzaakt, pons pons gelijk verdeeld tusschen de overige schuldenaren die betalen kunnen en dengenen die de schuld voldaan heeft.'

verbintenissen, waarvoor het oude BW geen regresregeling had getroffen, besliste de Hoge Raad in 1925 namelijk:

'(...) dat toch (...) ingeval van schade, als gevolg van een onrechtmatige daad bij schuld van meerderen tegenover een onschuldigen derde, ieder der daders voor het geheel tot vergoeding der schade is gehouden, en evenzeer (...) volgt, dat tusschen hen, die voor het geheel tot vergoeding der geheel veroorzaakte schade verplicht zijn, onderlinge regresplicht bestaat; dat dit reeds hierom moet worden aangenomen, omdat de wetgever niet kan hebben gewild dat het aan den gelaedeerde vrij zou staan de door meerderen te dragen gevolgen eener onrechtmatige handeling op slechts één of enkelen hunner af te wentelen (...).'¹⁷

Het recht op bijdragen moest worden aanvaard omdat, zo paraphraseer ik de Hoge Raad, een redelijk handelende wetgever het desgevraagd in de wet zou hebben neergelegd; het ontbreken ervan kán niet zijn gewild. Positiever geformuleerd: het is een eis van redelijkheid en billijkheid dat de debiteur die heeft betaald, bijdragen kan vorderen van de mede-debiteuren, opdat eenieder zijn deel draagt.¹⁸ In deze sleutel is een recentere uitspraak van de Hoge Raad gesteld. In 1991 besliste de Raad over het recht op bijdragen tussen WA-verzekeraars die toevallig hetzelfde risico hadden gedekt:

'Dat in een geval als hiervoor (...) bedoeld de verzekeraar op wie de verzekerde (...) zijn keus heeft laten vallen en die daarop de schade heeft vergoed, verhaal moet kunnen nemen op de andere verzekeraar(s) op wie eveneens de verplichting tot het vergoeden van deze schade rustte, is een eis van redelijkheid en billijkheid. Voor het komende recht wordt dan ook – in overeenstemming met wat ten onzent in de doctrine reeds lang werd geleerd en met wat elders geldt – voorgesteld uitdrukkelijk te bepalen dat in een dergelijk geval de verzekeraars onderling verhaal hebben opdat ieder zijn deel draagt (art. 7.17.2.24a NBW). In de huidige wet ontbreekt een dergelijke regel. Niettemin moet ook voor het huidige recht worden aanvaard dat uit voormelde regel inzake samenloop van aansprakelijkheidsverzekeringen voor de betrokken verzekeraars een onderling regresrecht voortvloeit, omdat zulks past in het stelsel van de wet en aansluit bij de daarin wèl geregelde gevallen. Daarbij valt met name te wijzen op het bepaalde in art. 1329 BW en op de regel die is aanvaard voor

17 HR 30-10-1925, NJ 1926, 157, nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker), herhaald in HR 4-11-1955, NJ 1956, 1 nt. LEHR (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen). Zie nader De Kok (1965), p. 57-58; vgl. Hofmann-Van Opstall (1976), p. 62.

18 Zie over de billijkheid in dit verband Asser-Limburg (1905), p. 77, Segers, Themis 1920, p. 416, Knap (1925), p. 58 en H.G.F.M. de Kok, WPNR 5365 (1976), p. 632.

(het, WvB) geval verschillende personen elk uit hoofde van onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor dezelfde schade.¹⁹

Wat opvalt is dat de Hoge Raad geen wettelijke grondslag voor de bijdrageplicht heeft gezocht, terwijl in elk geval de subrogatie van art. 1438, 3° BW (oud) voor regresdoeleinden geschikt leek. Het artikel luidde:

Subrogatie heeft plaats uit kracht der wet (...) ten behoeve van dengenen die, met anderen, of voor anderen, gehouden zijnde tot voldoening van eene schuld, belang had om dezelve te voldoen.

Deze bepaling is ontleend aan art. 1251, 3° C.C. In Frankrijk is de ruime formulering van art. 1251 aangegrepen om als grondslag te dienen voor het regresrecht bij aansprakelijkheid 'in solidum'.²⁰ Een mogelijke reden waarom in de Nederlandse rechtspraak de subrogatie als instrument voor regresdoeleinden bij de toevallig samenlopende verbintenissen (het equivalent van de aansprakelijkheid 'in solidum') werd genegeerd, is dat reeds voor inwerkingtreding van de Code Civil duidelijk was dat de figuur van de subrogatie vanuit dogmatisch oogpunt ongeschikt was als instrument van regres tussen hoofdelijke debiteuren onderling. Pothier wees er immers al op dat de overgang van een vordering op de betalende debiteur de vraag deed rijzen of deze debiteur nu de volledige omvang van de vordering kon uitoefenen tegenover elke andere debiteur. Het gevolg van bevestigende beantwoording zou zijn dat de debiteur die in de vordering werd gesubrogeerd, de vordering geheel kon verhalen op elk van de andere debiteuren;²¹ de vordering zou niet als instrument van verdeling van de financiële last fungeren, maar als instrument van volledige verschuiving van de ene naar de andere debiteur. Een *circuit d'actions* zou het gevolg zijn, terwijl het uitgangspunt voor regres nu juist moest zijn het verdelen van de financiële last. Pothier concludeerde daarom dat de gesubrogeerde vordering slechts pro parte kon worden uitgeoefend tegen elk van de hoofdelijke debiteuren. De betalende debiteur werd met andere woorden niet in de hoofdelijkheid gesubrogeerd; hij kon de van rechtswege overgegangene vordering slechts pro parte uitoefenen tegen elk van de draagplichtige debiteuren.²²

19 HR 13-12-1991, NJ 1992, 316 nt. MMM (Korstanje II). Zie ook HR 10-10-1975, NJ 1976, 175 nt. ARB (Van der Kleij/Interpolis) en hiervoor par. 2.5.4.1.

20 Zie Vincent (1939), p. 678, Le Tourneau-Cadiet (1996), nr. 858, en (mede voor Belgisch recht) Vanquickenborne (1975), p. 18 e.v. en R.O. Dalcq, RCJB 1980, p. 252. In dezelfde zin voor Nederlands recht Loeff (1891), p. 270.

21 Mogelijk met die beperking dat verrekening van het eigen aandeel plaatsvond.

22 Pothier, nr. 281, P.A. Fenet, *Recueil complet des travaux préparatoires du Code Civil*, Parijs 1836, Bd. 13, p. 256. Zie ook Loeff (1891), p. 260, Knap (1925), p. 66-68, Pierson (1941), p. 93-94, De Kok (1965), p. 121, L. Cornelis, *Le recours entre codébiteurs solidaires et entre codébiteurs in solidum: adieux à l'article 1251.3° du Code Civil*, in: X. Dieux e.a., *La Subrogation, Conférence du jeune Barreau de Mons (Journée d'étude)*, Mons 1992, (nr. 4), p. 10 e.v. Het

Het resultaat was uiteraard doelmatig en in overeenstemming met de billijkheid, maar strikt dogmatisch beschouwd klopte er weinig van.²³ Intussen is dit door Pothier voorgestelde resultaat gemeengoed geworden in alle rechtsstelsels die zich bedienen van subrogatie voor regresdoeleinden. Dit is een sterke aanwijzing dat de verschijningsvorm van het recht op bijdragen allengs minder relevant werd geacht voor de omvang waarin dit recht kon worden uitgeoefend; veeleer doorslaggevend was inmiddels het wezen van de interne rechtsverhouding. Dat bepaalt of, en zo ja: in hoeverre subrogatie voor regresdoeleinden kan worden gebruikt.²⁴

Het is dus begrijpelijk dat in onze rechtspraak inzake de toevallig samenlopende verbintenissen niet gekozen is voor de subrogatie van art. 1438, 3° BW (oud) als vorm voor het recht op bijdragen bij toevallig samenlopende verbintenissen. Subrogatie herbergt daarnaast andere dogmatische obstakels, zoals dat van de 'nemo plus'-regel, die de rechtsfiguur minder aantrekkelijk maken als instrument voor regres.²⁵ Een mogelijke reden is voorts dat de Hoge Raad van oudsher een zeer beperkte toepassing aan art. 1438, 3° gaf; het artikel werd als regel alleen toepasselijk geacht indien reeds op andere gronden een regresrecht bestond.²⁶ Aangezien dat nu juist de vraag was bij toevallig samenlopende verbintenissen, lag toepassing van het artikel om die reden evenmin voor de hand.²⁷

Mijn conclusie luidt dat de al dan niet bewuste keuze van de Hoge Raad om het regresrecht bij toevallig samenlopende verbintenissen als oorspronkelijk recht van de betalende debiteur vorm te geven, een gelukkige is geweest. Deze lijn is doorgetrokken met art. 6:10 BW. De figuur van een zelfstandig regresrecht, die op eigen wijze wordt vormgegeven, geniet mijns inziens de voorkeur boven het alternatief van subrogatie. Dit zou mogelijk slechts anders zijn als men bereid zou

argument contra het 'circuit d'actions' keert terug bij Parl. Gesch. Boek 6, p. 117.

23 Zie Cornelis, t.a.p., p. 10 e.v. Vgl. Loeff (1891), p. 258-259. De door Pothier wenselijk geachte omslag voor het geval een van de debiteuren onmachtig was zijn aandeel te voldoen, kon al helemaal niet worden verklaard door (of gebaseerd op) de rechtsfiguur subrogatie. Pothier, nr. 281 i.f., baseert de omslag daarom op 'l'équité'. Vgl. Cohen (1891), p. 154-155. Zie ook Starck-Roland-Boyer (1991), nr. 1329, die er op wijzen dat de Cour de Cassation de regel die wij kennen als de nemo plus-regel en die nu eenmaal verbonden is aan de rechtsfiguur subrogatie, terzijde moest stellen om de onafhankelijkheid van het regresrecht te bewerkstelligen. Dogmatisch beschouwd is hier geen mouw aan te passen.

24 Zie De Kok (1965), p. 28 en de vindplaatsen genoemd aldaar, nt. 3. Zeer aansprekend is in dit verband de Anglo-Amerikaanse benadering van Goff en Jones (1993), p. 591-594, die subrogatie als 'equitable instrument' zien ten behoeve van 'restitution'. Zie ook Friedmann en Cohen (1991a), § 10-19.

25 In Frankrijk is men inmiddels tot dezelfde conclusie gekomen; voor het regres van debiteuren 'in solidum' is in de rechtspraak inmiddels – naast de subrogatie van art. 1251 3° C.C. – een zelfstandig, buitenwettelijk regresrecht aanvaard. Zie Friedmann en Cohen (1991a), § 10-23 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-11.

26 Zie Asser-Hartkamp I (1992), nr. 581g en recentelijk HR 18-2-1994, NJ 1994, 463 nt. WMK (A./Erven V.).

27 Vgl. Pierson (1941), p. 95-96.

zijn te aanvaarden dat subrogatie als instrument voor regresdoeleinden niet of in verminderde mate onderworpen is aan de wetmatigheden van het goederenrecht (zoals de 'nemo plus'-regel). Naar geldend recht is een dergelijke 'denaturering' van subrogatie niet nodig, gegeven het ruime toepassingsbereik van art. 6:10 BW.

4.3 Waarom regres?

Uit de historische ontwikkeling van regresrechten in binnen- en buitenland blijkt dat steeds wanneer toekenning van een recht op bijdragen voor verplicht verrichte prestaties gerechtvaardigd werd geacht, dit recht (uiteindelijk) in wet of rechtspraak werd toegekend danwel min of meer bevredigende resultaten werden bereikt met juridische constructies. Het ontbreken van een directe wettelijke grondslag stond in de meeste gevallen niet in de weg aan regres. En in de Engelse en Amerikaanse rechtsstelsels waarin het ontbreken van een specifieke 'actie' en de 'clean hands doctrine'²⁸ ook in modernere tijden veelal aan verdeling van de lasten in de weg bleef staan,²⁹ greep de wetgever of de rechter uiteindelijk op billijkheidsgronden in.³⁰ Terecht stelde een Duitse auteur daarom:

'Der Weg, auf dem man zur Anerkennung einer Ausgleichspflicht kommt, ist nicht entscheidend. Das Wesentliche ist, daß das Ergebnis als vom Rechtsgefühl gefordertes anerkannt wird und überhaupt ein Weg gefunden ist.'³¹

Ongeacht de (wettelijke) grondslag voor toekenning van een regresrecht in een concreet geval, moet steeds als rechtsgrond worden aangewezen de idee dat de lasten van een prestatie *behoren* te worden gedragen door die persoon (of personen), welke in de gegeven omstandigheden de meest aangewezen is (of zijn) om deze

28 Daarover in dit verband nader Charles O. Gregory, *Legislative loss distribution in negligence actions*, Chicago 1936, p. 49, John G. Fleming, 30 HASTINGS L.J. (1979), p. 1485, Jordan H. Leibman, 30 AMERICAN BUS. L.J. (1992), p. 678 nt. 2 en Prosser en Keeton (1984), § 65.

29 Zie Williams (1951), p. 80 e.v. en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-14. Volledige verschuiving was al langer, zij het in beperkte mate, mogelijk met het instrument van de 'indemnity'. Zie daarover het rapport *Feasibility Investigation of Joint and Several Liability*, Common Law Team of the Law Commission, Londen 1996, p. 4-5, Weir (1976), § 12-109, § 12-111 e.v. Goff en Jones (1993), p. 343 e.v., spreken in dit verband van 'recoupment'.

30 Voor Engeland: s. 6 Law Reform (Married Women and Tortfeasors) Act 1935, inmiddels vervangen door s. 1 Civil Liability (Contribution) Act 1978. Zie over e.e.a. Goff en Jones (1993), p. 304, P. Birks, *An introduction to the law of restitution*, Oxford 1989, p. 193 en Weir (1976), § 12-76. Weliswaar is het werkingsbereik van de 1978 Act beperkt tot 'damage' (vgl. ons art. 6:102 BW), maar het Court of Appeal legt dit begrip ruim uit; zie *Friends' Provident Life Office v. Hillier Parker May & Rowden*, [1996] 2 WLR 123. Voor een overzicht van het recht in de Amerikaanse deelstaten zie men Schwartz (1994), p. 325 e.v. Vgl. ook A.M. Honoré, *Causation and remoteness of damage*, in: A. Tunc (red.), *Torts, Int. Encycl. Comp. Law XI* (1983), § 7-193.

31 Maier, DR 1939, p. 1419; kritisch daarover echter Lumm (1968), p. 189.

lasten te dragen.³² Zoals vrijwel elke vermogensrechtelijke rechtsfiguur, strekt het regresrecht – heel algemeen gesproken – tot het voorkomen van en tegelijkertijd genezen van ongerechtvaardigde verrijking en verarming.³³ Of, om met de Hoge Raad te spreken: de mogelijkheid om verhaal te nemen is ‘een eis van redelijkheid en billijkheid’.³⁴ Ook in de rechtsstelsels die pas betrekkelijk laat tot jurisprudentiële erkenning of wettelijke invoering van regresrechten overgingen, zijn het deze algemene noties die als voornaamste argument voor een algemeen recht op bijdragen worden aangevoerd.³⁵ Deze noties luiden en gelden echter zo algemeen, dat zij nauwelijks richting geven aan beantwoording van de vraag *wie* in een concreet geval draagplichtig is. Een antwoord op een zo algemeen gestelde vraag moet uiteraard in algemeenheden blijven steken. Hooguit kan bij wijze van leidraad een aantal beginselen worden uiteengezet die in concrete gevallen kunnen worden toegepast. Hierna zal ik, via een nadere verkenning van de mogelijk te hanteren bronnen van regres bij hoofdelijkheid, de belangrijkste van de genoemde beginselen uiteenzetten.

4.4 Bronnen van regres

Voor ons recht geeft art. 6:10 BW de wettelijke grondslag voor regres. Deze bepaling lijkt discussie over de mogelijke rechtsbronnen van regres overbodig te maken, zeker nu de reikwijdte van hoofdelijkheid – zo bleek in hoofdstuk 1 – naar huidig recht zoveel omvangrijker is dan onder het oude recht. In werkelijkheid doet zich een verschuiving van de problematiek voor: omdat er in veel gevallen meer grondslagen voor regres zijn aan te wijzen, is het niet zozeer de vraag *of* er een grond voor regres is, maar veeleer *welke* van de om gelding strijdende bronnen voorrang toekomt. Immers, naast art. 6:10 BW geeft art. 6:12 BW een recht van subrogatie aan de debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht; bovendien kan heel wel sprake zijn van samenloop van deze rechtsfiguren met bijvoorbeeld een actie uit contract, onrechtmatige daad, zaakwaarneming of ongerechtvaardigde verrijking.

32 Zie bijv. Van Weel (1863), p. 241, Loeff (1891), p. 271, Lumm (1968), p. 1-2, Goff en Jones (1993), p. 343.

33 Zie in vergelijkbare zin Von Savigny (1851), p. 229, Loeff (1891), p. 271, De Kok (1965), p. 12, p. 106-107, H.G.F.M. de Kok, WPNR 5365 (1976), p. 632, A.M. Biegman-Hartogh, *Ongegronde verrijking*, diss. Leiden 1971, p. 53, Aubel (1976), p. 25, Weir (1976), § 12-77, § 12-106, Richard W. Wright, 23 MEMPHIS ST.U. L.REV. (1992), p. 61. Het is aldus beschouwd niet verwonderlijk dat de moderne Engelse literatuur het leerstuk van de ‘contribution’ in rechtstreeks verband brengt met het algemene leerstuk van de ‘restitution’ c.q. ‘unjust enrichment’. Zie Goff en Jones (1993), p. 304.

34 HR 13-12-1991, NJ 1992, 316 nt. MMM (Korstanje II). Vgl. HR 10-10-1975, NJ 1976, 175 nt. ARB (Van der Kleij/Interpolis).

35 Goff en Jones (1993), p. 343.

Dit probleem van samenloop kan alleen ontstaan als men aanneemt dat art. 6:10 een zelfstandige bron van verbintenis is. Het lijdt geen twijfel dat de wetgever dit voor ogen stond, maar men kan zich de vraag stellen of vandaag de dag behoefte bestaat aan een bepaling als art. 6:10. Immers, 'regres' lijkt in veel gevallen even goed mogelijk te zijn op grond van contract, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking of zelfs onrechtmatige daad. Voor die gevallen lijkt art. 6:10 weinig toe te voegen aan het bestaande arsenaal aan 'regres'-instrumenten. Hoe dit ook zij, art. 6:10 dient als zelfstandige bron van verbintenis te worden aanvaard. De vraag naar de verhouding tussen art. 6:10 en andere bronnen van verbintenis is daarmee evenwel nog niet beantwoord. Met name daarover gaan de volgende paragrafen.

4.4.1 zelfstandig regresrecht (art. 6:10 BW)

Het regresrecht is een vordering die rechtstreeks uit de wet ontstaat en die het bestaan van hoofdelijkheid als bestaansvoorwaarde heeft. Als voor de hand liggende voorwaarde kan voorts worden genoemd dat de regreszoekende de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft verricht.³⁶ Deze voorwaarde dient naar mijn mening ruim te worden verstaan; weliswaar spreekt art. 6:10 BW over 'de schuld die ten laste van een der hoofdelijke schuldenaren wordt gedelgd', maar ook als een derde bij wijze van schenking de prestatie voor een van de hoofdelijke debiteuren verricht in de zin van art. 6:30 BW, komt aan de betreffende debiteur het regresrecht toe.³⁷ Zou dat namelijk niet het geval zijn, dan zou de schenking aan de één, mede een waarschijnlijk onbedoelde bevoordeling van de andere debiteuren ten gevolge hebben.

Afgezien van deze voorwaarden is het regresrecht volledig zelfstandig ten opzichte van de hoofdvordering van de crediteur.³⁸ Dit betekent bijvoorbeeld dat het regresrecht een eigen verjaring kent en dat afspraken tussen de crediteur en

36 Het regresrecht ontstaat – zo wordt algemeen aangenomen – met het ontstaan van de hoofdelijkheid. De regresvordering wordt in die zienswijze opeisbaar zodra de betreffende debiteur de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft verricht. Zie over e.e.a. de verwijzingen bij N.E.D. Faber, NTBR 1995, p. 35, nt. 1 en bij E. Loesberg, Enige beschouwingen over zekerheden in collectief verband, in: S.C.J.J. Kortmann e.a. (red.), *Onderneming en effecten*, Deventer 1998, p. 532. Over de relevantie van het moment van ontstaan van de regresvordering (m.n. bij vervreemding, bezwaring en verrekening in het faillissement van de regresplichtige) zie men uitgebreid Faber, t.a.p., en mijn reactie in NTBR 1995, p. 154 e.v., met naschrift. Voor Duitsland zie men BGH 21-2-1957, BGHZ 23, 361, BGH 15-5-1986, NJW 1986, p. 3131, BGH 23-10-1986, NJW 1987, p. 374, BGH 11-6-1992, NJW 1992, p. 2286, BGH 28-4-1994, BauR 1994, p. 621, Soergel § 426 rdnr. 15; Larenz I, p. 648, Venzmer (1960), p. 213-214, Esser-Schmidt (1993), p. 329.

37 In gelijke zin Asser-Hartkamp I (1996), nr. 119.

38 Vgl. RG 16-11-1908, RGZ 69, 422, RG 29-11-1934, RGZ 146, 97, BGH 21-11-1953, BGHZ 11, 170, BGH 8-5-1956, VersR 1956, p. 430, BGH 17-5-1956, BGHZ 20, 371, BGH 30-10-1980, NJW 1981, p. 681, alsmede Larenz I, p. 643-644, Keuk (1968), p. 176, Habermeyer (1968), p. 89, Lumm (1968), p. 73, Wagenfeld (1972), p. 54, p. 86, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 66.

een van de debiteuren over uitoefening of omvang van de hoofdelijk verschuldigde prestatie geen afbreuk kunnen doen aan de regrespositie van de andere debiteuren.³⁹

Het regresrecht is een recht op bijdragen, geen recht op schadevergoeding. De bepalingen van afdeling 6.1.10 zijn derhalve niet van toepassing op het regresrecht, al kan toepassing van de beginselen die aan deze afdeling ten grondslag liggen onder omstandigheden raadzaam zijn. Omdat het regresrecht van art. 6:10 geen recht op schadevergoeding is, dient voor wat betreft de verjaring niet te worden aangeknoopt bij art. 3:310 BW, maar bij het algemene art. 3:306 BW. De verjaringstermijn bedraagt dus twintig jaar.⁴⁰ Aangenomen mag worden dat deze termijn aanvangt op de dag na die waarop de regresvordering opeisbaar wordt,⁴¹ hetgeen in de regel na voldoening aan de crediteur zal zijn.⁴²

Het regresrecht wordt uitgedrukt in een geldsom, ook wanneer de prestatie waarvoor hoofdelijkheid bestond niet geld betrof (bijvoorbeeld een ondeelbare prestatie). Weliswaar bepaalt art. 6:10 het niet uitdrukkelijk, maar het stond de wetgever wel voor ogen.⁴³ De vraag op welk moment de waarde van de prestatie dient te worden berekend met het oog op regres, kwam al eerder in ander verband aan de orde.⁴⁴ Ook hier kies ik voor de dag waarop de hoofdelijk verschuldigde prestatie aan de crediteur werd verricht als omrekendag.

Als laatste algemene kenmerk van de regresvordering kan hier worden genoemd dat de regresdebiteuren in beginsel niet hoofdelijk zijn verbonden tegenover de regresgerechtigde. Elk van de regresdebiteuren kan slechts tot het doen van een bijdrage 'in de schuld' worden aangesproken voor zover het betreft

39 Zie De Kok (1965), p. 110-111, p. 148 e.v. Voor Duitsland zie men RG 16-11-1908, RGZ 69, 422, RG 29-11-1934, RGZ 146, 97, BGH 21-11-1953, BGHZ 11, 170, BGH 27-6-1961, BGHZ 35, 317, BGH 9-3-1972, BGHZ 58, 216, BGH 30-10-1980, NJW 1981, p. 681, BGH 11-6-1992, NJW 1992, p. 2286, RGRK § 426 rdnr. 6-7, Erman § 426 rdnr. 3, § 840 rdnr. 10, Venzmer (1960), p. 213, Wagenfeld (1972), p. 63, Wussow (1985), rdnr. 571, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 66, Hofmann (1989), p. 174, Lange (1990), p. 680-681, Droste (1994), p. 154. Vgl. Williams (1949), p. 165.

40 Vgl. Duits recht, dat het regresrecht onderwerpt aan de algemene dertigjarige verjaringstermijn. Zie § 195 BGB, waarover BGH 9-3-1972, BGHZ 58, 216 en Erman § 840 rdnr. 10. Zie voor verjaring naar Engels recht Goff en Jones (1993), p. 327 (het regresrecht verjaart twee jaar na veroordeling tot betaling aan de crediteur resp. na de opeisbaarheidsdatum op grond van vaststellingsovereenkomst met de crediteur). Overigens stelt M.W.E. Koopmann, *Bevrijdende verjaring*, diss. VU 1993, p. 25, dat de regresvordering 'is onderworpen aan verjaringsregels afhankelijk van de onderlinge rechtsverhouding van de mededebiteuren'. H. Stein, in: *Bewijs en letselschade*, LSA-bundel nr. 9, Lelystad 1998, p. 53, is, naar het lijkt, van mening dat de regresvordering een schadevergoedingsvordering is als bedoeld in art. 3:310 BW.

41 Zie Asser-Hartkamp I (1996), nr. 664 en Koopmann, a.w., p. 45-46.

42 Parl. Gesch. Boek 6, p. 95. Het begrip 'voldoening' dient te worden verstaan in de in hoofdstuk 2 geschetste ruime zin.

43 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109. Vgl. Larenz I, p. 644.

44 Zie par. 3.2.2.

‘het gedeelte in de schuld dat hem in hun onderlinge verhouding aangaat’.⁴⁵ Er bestaat dus niet zoiets als hoofdelijkheid van hoofdelijke debiteuren in hun onderlinge verhouding. Van dit uitgangspunt kunnen debiteuren onderling bij rechtshandeling afwijken.⁴⁶ Ook overigens zijn uitzonderingen op dit uitgangspunt denkbaar; zie daarover nader paragraaf 4.8.4.

4.4.2 ‘regresversterkende’ subrogatie (art. 6:12 BW)

In wezen heeft de wetgever, door naast het zelfstandige regresrecht van art. 6:10 BW ook art. 6:12 BW op te nemen, het systeem van de dubbele regresgrondslag van het oude BW gecontinueerd. De regreszoekende heeft in dit systeem de subrogatie nodig om de nevenrechten die aan de vordering van de crediteur kleven, op zich te laten overgaan.⁴⁷ Voor het overige zal de subrogatie vrijwel nimmer meer of anders – hooguit minder – bieden dan het zelfstandige regresrecht; dit volgt uit art. 6:12 zelf, waar het duidelijk maakt dat de subrogatie slechts een ‘regresversterkende’ functie toekomt en niet zelfstandige bron van regres bij hoofdelijkheid is.

De wetgever heeft zich met de subrogatie van art. 6:12 noodzakelijkerwijs van een aantal ficties bediend. De fictie waarvan men zich bij de figuur van subrogatie in het algemeen bedient, is dat de nakoming van de verbintenis niet tot tenietgaan van de verbintenis leidt, maar dat deze integendeel blijft bestaan en de vorderingen die de crediteur op de andere debiteuren heeft, overgaan op de betalende debiteur teneinde diens regresactie kracht bij te zetten.⁴⁸ In Duitsland gebruikt men in dit verband de treffende term ‘*bestärkende Legalzession*’. De regreszoekende krijgt naast zijn recht uit art. 6:10 BW een extraatje: hij wordt op het moment van betaling gesubrogeerd in de vordering(en) van de crediteur jegens de andere debiteur(en) voor zover hij (de betalende debiteur) een regresrecht op deze(n) heeft, en hij kan de aan de gesubrogeerde vordering verbonden nevenrechten zoals voorrechten en zekerheidsrechten uitoefenen.⁴⁹

Als tweede fictie geldt dat de vordering na subrogatie niet langer hoofdelijk is, maar integendeel steeds wordt beperkt tot het bedrag dat op grond van art. 6:10

45 Aldus voor Duits recht RG 30-4-1914, RGZ 84, 415, BGH 24-4-1952, BGHZ 6, 3, Larenz I, p. 644, Münch. Komm. § 426 rdnr. 12, Esser-Schmidt (1993), p. 327-328, Venzmer (1960), p. 218, Wagenfeld (1972), p. 195-196, Selb (1984), p. 100-101, Lange (1990), p. 674-675.

46 In gelijke zin Soergel § 426 rdnr. 38.

47 Vgl. Cohen (1891), p. 158 en Von Olshausen (1988), p. 161-162.

48 Von Olshausen (1988), p. 161-162.

49 Voor Duitsland BGH 15-6-1964, BGHZ 42, 53, BGH 20-9-1990, NJW 1991, p. 97, Münch. Komm. § 426 rdnr 15-16, Soergel § 426 rdnr. 48, Esser-Schmidt (1993), p. 331, Weitnauer (1978), p. 380 nt. 24, Selb (1984), p. 67, 113, 115, Prediger (1988), p. 78. Vgl. Pierson (1941), p. 93-94.

van de desbetreffende debiteur kan worden gevorderd.⁵⁰ Eerder zagen we dat deze dogmatisch onhoudbare constructie al lange tijd wordt gebruikt.⁵¹

Als derde fictie kan worden genoemd dat, als de hoofdelijk verschuldigde prestatie iets anders dan betaling van geld betreft, er als het ware een 'omzetting' plaatsvindt in een geldvordering. In dat geval wordt de subrogatie geacht een geldsom te betreffen. Zie art. 6:12 lid 2.⁵²

Om kort te gaan: de vordering verschiet met en door de subrogatie van kleur.⁵³ Tenslotte is de gesubrogeerde vordering in alle opzichten dienstig aan en afhankelijk van het regresrecht; overdracht onafhankelijk van het regresrecht is dus niet mogelijk.⁵⁴

De voor- en nadelen die zijn verbonden aan gebruik van de rechtsfiguur subrogatie, zijn duidelijk. Enerzijds kan de regreszoekende als rechtsopvolger van de crediteur alle nevenrechten uitoefenen die zijn voorganger had. Hij krijgt met de subrogatie anderzijds echter niet meer of andere rechten dan zijn voorganger:⁵⁵ de verjaring van de gesubrogeerde vordering bijvoorbeeld vindt onveranderd doorgang, verrekening door de regresplichtige met een vordering op de crediteur blijft ook na subrogatie mogelijk en het gezag van gewijsde tussen crediteur en regresplichtige blijft aan de overgegangene vordering kleven.⁵⁶

Teruggebracht tot de kern is de subrogatie van art. 6:12 het vehikel voor overgang van nevenrechten.⁵⁷ Om dit doel te bereiken had de wetgever er mijns inziens beter aan gedaan om te bepalen dat de nevenrechten verbonden aan de vordering(en) van de crediteur op de andere debiteur(en) van rechtswege mede aan de regresvordering kleven.⁵⁸ Zo zou zonder meer duidelijk zijn dat de regreszoekende in wezen slechts één vorderingsrecht toekomt, namelijk dat van art. 6:10.⁵⁹

50 Parl. Gesch. Boek 6, p. 114 en 117, De Kok (1965), p. 28. Vgl. BGH 15-1-1988, BGHZ 103, 72.

51 Zie hiervoor par. 4.2.

52 Vgl. ook Soergel § 426 rdnr. 50.

53 Von Olshausen (1988), p. 153 spreekt treffend van 'Funktionswandel'.

54 Aldus ook BGH 13-5-1955, BGHZ 17, 214, Larenz I, p. 649, Esser-Schmidt (1993), p. 332, Lumm (1968), p. 153 e.v., Selb (1984), p. 96, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 83.

55 Zie over e.e.a. RG 25-11-1911, RGZ 77, 317, BGH 17-5-1956, BGHZ 20, 371, Selb (1984), p. 113-116 en Münch. Komm. § 426 rdnr. 15a, Soergel § 426 rdnr. 53.

56 Vgl. RG 16-11-1908, RGZ 69, 422, Weitnauer (1978), p. 386, Selb (1984), p. 114 en Hofmann (1989), p. 175.

57 Vgl. Von Olshausen (1988), p. 161-162.

58 Vgl. art. 57 Inv.W. en 16h CSV, alwaar duidelijk wordt aangegeven dat de mede-aansprakelijke na betaling van de belasting- of premieschuld uitsluitend gesubrogeerd wordt in het voorrecht van fiscus resp. LISV.

59 Daarmee zou ook de onduidelijkheid over het samenloopkarakter van art. 6:10 en art. 6:12 weggenomen zijn. Zie daarover Asser-Hartkamp I (1996), nr. 126 (die meent dat sprake is van twee vorderingsrechten), W. Snijders, Samenloop van wetbepalingen in het nieuwe B.W., in: *Speculum Langemeijer*, Zwolle 1973, p. 458-459 (die geen keuze maakt) en Parl. Gesch. Boek 6, p. 121 (alwaar de kwestie uitdrukkelijk in het midden wordt gelaten).

Immers, slechts als en voor zover dat recht uitgeoefend kan worden, komen de regreszoekende deze nevenrechten toe. Het voordeel van een dergelijke bepaling boven de huidige regeling zou bovendien zijn dat het nevenrecht ook dan zou kunnen worden uitgeoefend indien er niets meer te subrogeren viel, bijvoorbeeld tengevolge van tussentijds tenietgaan van de te subrogeren vordering.

4.4.3 cessieconstructies

De hoofdelijke debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft verricht, kan zijn mededebiteuren op grond van art. 6:10 BW elk slechts voor hun aandeel 'in de schuld' aanspreken. Ook de subrogatie van art. 6:12 BW verandert hier niets aan. De debiteur die heeft betaald, blijft belast met de kosten en risico's van inning van de verschillende bijdragen 'in de schuld'. In het verleden trachtte men deze nadelige gevolgen wel te omzeilen door gebruik te maken van een cessieconstructie. Bij deze constructie, die ook al in paragraaf 3.4.2 aan de orde kwam, gaat de aangesproken debiteur niet over tot betaling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie, maar tot aankoop van de vordering(en) van de crediteur jegens de andere debiteur(en). Tegen betaling van een bedrag (min of meer gelijk aan de hoofdelijk verschuldigde prestatie) werden aan hem deze rechten gecedeerd. Strekking van deze cessieconstructie is uiteraard het ontwijken van de deelaanspraken waartoe (thans) art. 6:10 BW aanspraak op geeft, om zo hoofdelijkheid van de andere debiteuren in stand te houden.

Het zal duidelijk zijn dat een dergelijke cessie moet afstuiten op doel en strekking van art. 6:10 BW, voorzover met deze cessie een resultaat wordt beoogd dat zich niet verdraagt met genoemde bepaling. Voor nadere onderbouwing verwijs ik kortheidshalve naar de paragrafen 3.4.2 en 3.8.

4.4.4 overeenkomst

Zodra hoofdelijke debiteuren in een contractuele rechtsverhouding tot elkaar staan, wordt hun regresverhouding in de regel door het contract beheerst. De Hoge Raad formuleerde het aldus:

'wanneer tussen twee personen, die beiden uit onrechtmatige daad aansprakelijk zijn voor een veroorzaakte schade, een contractuele verhouding bestaat, wordt het antwoord op de vraag of en in hoever degeen die ter zake van de schade aan de schadelijgende partij schadevergoeding moet betalen deswege verhaal kan nemen op de mede-aansprakelijke persoon van wie de mede-aansprakelijk-

heid voortvloeit uit handelingen gepleegd bij de uitvoering van bedoelde overeenkomst, in beginsel bepaald door die overeenkomst'.⁶⁰

De formulering van de Hoge Raad is ruim en roept bijvoorbeeld de vraag op of het contract ook dan de regresverhouding beheerst als het ontstaan van hoofdelijkheid geen verband houdt met de contractuele rechtsverhouding. Ik zou menen van niet.⁶¹

De formulering roept voorts de vraag op of het contract ook art. 6:10 BW als zelfstandige rechtsgrond buiten werking stelt. Die vraag is met name relevant als bijvoorbeeld de vordering uit contract is verjaard, terwijl een beroep op art. 6:10 BW nog steeds mogelijk zou zijn. Uit de Duitse rechtspraak is een geval bekend waarin de regresvordering ook na verjaring van de contractuele vordering kon worden uitgeoefend. Het Reichsgericht achtte regres op grond van § 426 BGB nog steeds mogelijk en wel aldus dat de contractuele rechtsverhouding ook dan als regresmaatstaf fungeerde; weliswaar kon de overeenkomst tussen partijen door de verjaring niet als rechtsgrond voor het verhaal fungeren, maar deze kon volgens het Reichsgericht wel ertoe dienen 'den Inhalt des gesetzlichen Ausgleichsanspruchs zu bestimmen'.⁶² In beginsel zou dit ook voor ons recht moeten gelden. Het regresrecht van art. 6:10 BW fungeert als zelfstandige verhaalsgrond, zodat het een eigen verjaringsweg volgt.

Er zijn overigens wel omstandigheden denkbaar waaronder het regresrecht van art. 6:10 met de verjaring van de contractuele rechten ten onder gaat.⁶³ Zo volgt uit art. 7:23 lid 2 BW dat de vordering wegens non-conformiteit en die van art. 6:10 BW in voorkomend geval gelijkelijk onderworpen zijn aan een tweejarige verjaringstermijn. Ook kan een partij-afspraken in bepaalde gevallen aldus worden verstaan dat deze de verjaring van het regresrecht van art. 6:10 gelijkschakelt met de verjaring van de contractuele aanspraken. Ik denk hier met name aan het geval dat partijen een contractuele verjaringstermijn hebben opgesteld die korter is dan de wettelijke verjaringstermijn voor de betreffende contractuele vordering. Het contract zou aldus kunnen worden uitgelegd dat de verkorting van de verjarings-

60 HR 20-11-1981, NJ 1982, 174 nt. WHH (Rollman/Van Opzeeland). Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

61 Vgl. Heemskerk in zijn noot onder het arrest.

62 RG 25-11-1911, RGZ 77, 317. Dit is ook thans heersende leer in Duitsland. Zie Palandt § 426 rdnr. 13, Larenz I, p. 644 nt. 32a, Thiele (1968), p. 155, Selb (1984), p. 95, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 65 (met een m.i. onjuiste verwijzing naar BGH 27-3-1981, BGHZ 80, 228, p. 233), Droste (1994), p. 116-125 (vgl. de door Droste op p. 120, nt. 415, genoemde schrijvers). Vgl. Soergel § 426 rdnr. 18. Vgl. voor de samenloop tussen onrechtmatige daad en wanprestatie ook nog BGH 13-5-1955, BGHZ 17, 214.

63 Vgl. P. Schlechtriem, NJW 1972, p. 1556, Goette (1974), p. 131, Jürgens (1988), p. 185, Droste (1994), p. 122-123, p. 137 e.v.

termijn mede betrekking heeft op eventuele regresvorderingen, ongeacht de concreet gekozen rechtsgrond.⁶⁴

4.4.5 *zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad*

De samenloop van art. 6:10 BW met acties zoals die uit zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en onrechtmatige daad, kent een aantal facetten. Zo is er de vraag of buiten art. 6:10 een van de genoemde acties voor regresdoeleinden kan worden gebruikt. Allereerst dient te worden vastgesteld dat art. 6:10 zich niet verzet tegen cumulatie van rechtsgronden voor regres; art. 6:10 heeft geen exclusiviteitspretentie. Zo kan deze bepaling in theorie bijvoorbeeld samenlopen met een actie uit ongerechtvaardigde verrijking of zaakwaarneming. Vraag die dan rest is of de genoemde acties zich voor regresdoeleinden laten lenen. Daar zal ik thans enige beschouwingen aan wijden.

Naar Nederlands recht kan zaakwaarneming gelegen zijn in de omstandigheid dat een derde op redelijke gronden de schuld van een ander voldoet. Na betaling zou de zaakwaarnemer dan op grond van art. 6:200 BW van de belanghebbende schadevergoeding kunnen vorderen, die gelijk zal zijn aan de (waarde van de) verrichte prestatie. Door menig auteur is er op gewezen dat een hoofdelijke debiteur niet, zoals bij art. 6:30 BW, de schuld van een ander voldoet, maar integendeel zijn eigen verbintenis nakomt. Dit zou in de weg staan aan een 'regres'vordering uit zaakwaarneming.⁶⁵

Toch heeft het Duitse BGH een enkele maal beslist dat 'Geschäftsführung ohne Auftrag' (vergelijkbaar met onze zaakwaarneming) als grondslag voor 'regres' niet uitgesloten is. Onder omstandigheden kan het voldoen van een eigen schuld namelijk mede behartiging van eens anders belang zijn.⁶⁶ De 'Geschäftsführung ohne Auftrag' wordt met name dan als regresgrond geschikt geacht als de regreszoekende debiteur zich jegens de crediteur als het ware sterk had gemaakt voor de schuld van de andere debiteur. Deze figuur, die in Duitsland 'Schuldbeitritt' heet en trekken vertoont van garantie en borgtocht,⁶⁷ wordt immers gebruikt in

64 Vgl. over de verschillende zienswijzen dienaangaande Y.-G. v. Amsberg, *Anspruchskonkurrenz, Cumul und Samenloop*, Frankfurt am Main 1994, p. 15 e.v., m.n. p. 21.

65 Van Weel (1863), p. 247 e.v.; vgl. De Kok (1965), p. 124 en Vanquickenborne (1975), p. 93. In vergelijkbare zin Jürgens (1988), p. 195, Droste (1994), p. 114 nt. 392. Vgl. W. Selb, NJW 1963, p. 2059 en BGH 18-10-1957, VersR 1957, p. 800.

66 BGH 4-7-1963, NJW 1963, p. 2067. Vgl. BGH 26-4-1966, NJW 1966, p. 1262, waaruit kan worden afgeleid dat indien een hoofdelijke debiteur betaalt op grond van een schikking, deze geen regres op grond van 'Geschäftsführung ohne Auftrag' heeft wegens het ontbreken van het oogmerk eens anders belang te behartigen.

67 Zie over 'Schuldbeitritt' bijv. Selb (1984), p. 213 e.v. en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 51 e.v. Vgl. over deze en vergelijkbare figuren ook Pothier, nr. 457 e.v. en Van Buchem-Spapens (1982), p. 12-13.

het belang van de oorspronkelijke debiteur; daarom wordt betaling van de schuld door de toetredende debiteur wel als 'Geschäftsführung ohne Auftrag' beschouwd. 'Regres' uit dien hoofde is in die gevallen mogelijk.⁶⁸

Hoewel de rechtspraak in ons land niet in de richting van het Duitse BGH gaat, staat zij wel een tamelijk ruime toepasselijkheid van de zaakwaarnemingsfiguur toe. In elk geval wordt een actie uit zaakwaarneming niet geblokkeerd door het enkele feit dat *mede* een eigen belang werd behartigd; voldoende is dat de zaakwaarnemer zich ervan bewust was ('willens en wetens') dat zijn handelen *mede* het belang van een ander diende.⁶⁹ Aldus geredeneerd kan men het nakomen van een hoofdelijke verbintenis *mede* beschouwen als het op redelijke gronden dienen van eens anders belang,⁷⁰ mits uiteraard de betalende debiteur ten tijde van betaling ervan op de hoogte is dat een ander dezelfde prestatie verschuldigd is. Zoals in paragraaf 3.2.1 geschetst, hoeft daarvan overigens niet altijd sprake te zijn. In die gevallen kan zaakwaarneming niet als grond voor regres dienen. Zaakwaarneming is ook uitgesloten als de hoofdelijke debiteur in wiens belang de schuld *mede* is gedelgd, uitdrukkelijk heeft aangegeven geen prijs te stellen op deze belangenbehartiging. Belangenbehartiging tegen de wil van degene wiens belang (*mede*) wordt behartigd, kan niet gelden als zaakwaarneming, aldus de Hoge Raad in een arrest uit 1996.⁷¹ Evenmin lijkt er grond voor een actie uit zaakwaarneming te zijn, als het niet de regreszoekende debiteur zelf was die de prestatie verrichtte, maar een derde (niet-debiteur) die bijvoorbeeld uit vrijgevigheid de prestatie voor de regreszoekende debiteur verrichtte in de zin van art. 6:30 BW. Van de regreszoekende debiteur kan men dan namelijk moeilijk volhouden dat deze *willens en wetens* het belang van de andere debiteur behartigde.

Conclusie moet zijn dat art. 6:198 BW weliswaar als grondslag kan dienen voor regres, maar dat het niet een voor alle gevallen geschikt instrument is.

De actie uit ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) kan als grondslag voor 'regres' dienen.⁷² De ongerechtvaardigde verrijking van de draagplichtige debiteur is in die zienswijze gelegen in de omstandigheid dat deze is bevrijd zonder dat de prestatie te zijnen laste is verricht. De verarming van de betalende debiteur staat

68 Zie Larenz I, p. 643, Palandt, Überblick § 414, rdnr. 2 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 62, p. 64.

69 Zie losbl. Verbintenissenrecht, art. 198 (Heisterkamp), aant. 11.

70 Friedmann en Cohen (1991b), § 11-8. Vgl. H.C.F. Schoordijk, RM Themis 1967, p. 115, die spreekt van verwantschap tussen regres krachtens hoofdelijkheid enerzijds en krachtens zaakwaarneming anderzijds. Zie ook nog dezelfde, RM Themis 1967, p. 148 alsmede Diephuis X (1886), p. 195.

71 HR 19-4-1996, NJ 1997, 24 nt. MMM (Delta Lloyd/Interlloyd).

72 Aldus expliciet HR 28-6-1996, NJ 1997, 102 nt. J.W. Zwemmer (Van Maarseveen/Ontvanger), waarover uitgebreid hiervoor par. 2.5.4.4. Vgl. Von Caemmerer (1968), p. 90 en de t.a.p. nt. 34 genoemde oudere schrijvers.

in rechtstreeks verband met de verrijking van de andere debiteur, die immers door de betaling zonder meer is bevrijd. De redelijkerwijs te vergoeden 'schade' stelt men op het bedrag dat de verrijkte debiteur in zijn verhouding tot de regreszoekende draagplichtig is.

In het zo-even bij zaakwaarneming genoemde geval dat een derde uit vrijgevigheid de prestatie verrichtte voor de debiteur, die thans regres zoekt op de draagplichtige debiteur, kan de vraag rijzen of wel sprake is van verarming aan de zijde van de regreszoekende debiteur. Ik ben geneigd de vraag bevestigend te beantwoorden: de verarming schuilt in de omstandigheid dat de vrijgevigheid van de derde niet ten goede komt aan de verarmde, maar aan de draagplichtige debiteur. Deze verarming staat in voldoende verband met de verrijking van de draagplichtige debiteur, zodat in zoverre niets in de weg staat aan toepasselijkheid van art. 6:212.

'Regres' zou onder omstandigheden ook kunnen worden gegrond op art. 6:162 BW.⁷³ Denkbaar is dat de ene debiteur onrechtmatig jegens de andere debiteur handelt door een bepaalde gebeurtenis te laten geschieden, die als gevolg heeft dat niet alleen eerstgenoemde maar ook laatstgenoemde gehouden is tot een bepaalde prestatie. Zo zou men kunnen verdedigen dat een laedens door schade-toebrenging niet alleen jegens de gelaedeerde onrechtmatig handelt, maar ook jegens diens (schade)verzekeraar die als gevolg van de schadetoebrenging tot vergoeding van dezelfde schade gehouden is.⁷⁴ Uit het arrest *Vonk/de Overijsselsche Onderlinge* volgt echter dat het relativiteitsvereiste in de weg staat aan rechtstreekse aansprakelijkheid van de laedens jegens de verzekeraar; men behoeft zich niet van schadetoebrenging te onthouden met het oog op de belangen van een eventuele schadeverzekeraar aan de kant van de gelaedeerde.⁷⁵

Het relativiteitsvereiste kan ook om andere redenen aan delictuele aansprakelijkheid jegens de mededebiteur in de weg staan.⁷⁶ Men kan immers slechts onrechtmatig handelen jegens personen wier belang men had behoren te ontzien; daarvoor is nodig dat ten tijde van de handeling voorzienbaar was dat de betreffende

73 Zie bijv. HR 26-10-1990, NJ 1991, 39 (Tiel Utrecht/Jansen). Vgl. ook Duits recht, dat aanneemt dat bij samenloop tussen de regresvordering van § 426 BGB en een vordering uit 'unerlaubte Handlung' (§ 823 BGB) de eerstgenoemde als *lex specialis* voorgaat, wanneer de unerlaubte Handlung betreft overtreding van een 'Schutzgesetz'. Zie BGH 17-5-1956, BGHZ 20, 371. Stelliger nog is Hofmann (1989), p. 175 die § 426 als *lex specialis* altijd voor wil laten gaan boven § 823 BGB.

74 Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-9.

75 HR 24-1-1930, NJ 1930, 299 nt. EMM (Vonk/de Overijsselsche Onderlinge). De schade-toebrenging is volgens de Hoge Raad wel onrechtmatig jegens de verzekeraar indien deze juist met het oog daarop opzettelijk werd toegebracht.

76 Vgl. in dit verband Kruithof, t.a.p. (hoofdstuk 2, nt. 58), p. 638, Vanquickenborne (1975), p. 96 e.v., Weir (1976), § 12-110, Starck-Roland-Boyer (1991), nr. 1322 en Cornelis, t.a.p. (nt. 22, 76), p. 17-19.

belangen zouden worden geschaad.⁷⁷ Hiervan zal niet altijd sprake zijn. Toch is het niet in zijn algemeenheid uitgesloten dat een gedraging zowel onrechtmatig is jegens de benadeelde als jegens de regreszoekende debiteur, bijvoorbeeld wanneer iemand door na te laten te waarschuwen een door een ander in het leven geroepen gevaarlijke situatie laat voortbestaan.⁷⁸

4.4.6 *samenloop: van cumulatie naar assimilatie*

Naast de eigenlijke samenloop tussen art. 6:10 BW en de verschillende andere acties, is van meer belang de vraag of toepassing van deze verschillende acties in een concreet geval tot andere uitkomsten kan leiden dan waartoe art. 6:10 zou leiden. Naar mijn mening is dat niet het geval. Immers, welke rechtsgrond men ook inroept, steeds komt het aan op de vraag wie van de hoofdelijke debiteuren in welke mate draagplichtig is. In art. 6:10 BW zal men tevergeefs zoeken naar een antwoord op deze vraag. De wet spreekt heel algemeen van de mate waarin 'de schuld' elk van de debiteuren 'aangaat', omdat – aldus de Toelichting Meijers – hiervoor toch geen algemene regels zijn te geven.⁷⁹

Voor nadere invulling van de 'blanco' regresmaatstaf van art. 6:10 zal op andere bronnen van verbintenis moeten worden teruggegrepen. In dit verband kan men denken aan een rechtstreekse wettelijke grondslag voor vaststelling van de draagplicht, maar uiteraard is er ook de mogelijkheid om voor nadere invulling van art. 6:10 te putten uit de bronnen van contract, zaakwaarneming, ongerechtvaardigde verrijking en mogelijk zelfs onrechtmatige daad. Misschien moeten we art. 6:10 inderdaad aldus opvatten dat het een vorderingsrecht in het leven roept dat *inhoudelijk* door andere leerstukken wordt beheerst. Wat betreft inhoud van de regresactie zou men dan ook niet van cumulatie van rechtsgronden moeten spreken, maar veeleer van assimilatie van rechtsgronden.⁸⁰ Over de inhoudelijke invloed die genoemde acties hebben op de regresvordering van art. 6:10 BW kom ik later in paragraaf 4.5.2 en volgende nog uitvoerig te spreken.

77 HR 27-1-1984, NJ 1984, 536 nt. G (Verstekeling), HR 24-4-1992, NJ 1993, 643 nt. CJHB (Van Wijngaarden/Staat), HR 30-9-1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell).

78 Zie bijv. Rb. Haarlem 19-3-1985, VR 1986, 127. Vgl. ook HR 29-12-1995, NJ 1996, 332 (Franzetti/Suikerunie II).

79 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108.

80 Vgl. BGH 4-7-1963, NJW 1963, p. 2067, BGH 26-4-1966, NJW 1966, p. 1262. Zie evenwel ook BGH 14-7-1964, NJW 1964, p. 1898 alsmede BGH 18-4-1978, JZ 1978, p. 522. Vgl. voorts BGH 13-4-1965, NJW 1965, p. 1595.

4.5 Draagplicht

4.5.1 van algemeen naar concreet

In paragraaf 4.3 werden als rechtsgrond van regres met name de billijkheid genoemd en het vereiste van rechtvaardiging van vermogensverschuivingen. Deze noties luiden en gelden zo algemeen, dat zij nauwelijks richting geven aan beantwoording van de vraag *wie* in een concreet geval van meerdere hoofdelijke debiteuren de meest aangewezen persoon is om de lasten van de prestatie te dragen. Stelt men de vraag echter zo algemeen, dan is zij niet te beantwoorden.⁸¹ Hooguit kan een aantal uitgangspunten worden gecatalogiseerd, aan de hand waarvan meer concrete antwoorden voor meer concrete casus gevonden kunnen worden. Aan de hand van deze methode kunnen enige algemene uitgangspunten worden geformuleerd.⁸² Dergelijke uitgangspunten geven meer richting dan blanco regresmaatstaven als 'de mate waarin de schuld de debiteur aangaat'⁸³, 'the amount shall be found by the court to be just and equitable'⁸⁴ of 'richterliches Ermessen'⁸⁵. Bedacht dient wel te worden dat bij toepassing van deze algemene uitgangspunten op concrete casus blijken kan dat meerdere uitgangspunten om toepassing strijden. In voorkomende gevallen zullen de concrete omstandigheden doorslaggevend moeten zijn.

4.5.2 draagplicht naar gelijke delen

In de literatuur wordt verdedigd dat hoofdelijke debiteuren naar gelijke delen draagplichtig zijn, wanneer niet anders volgt uit hun onderlinge rechtsverhouding.⁸⁶

81 Zo ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 108 en Bloembergen (1965), p. 139.

82 Zie bijvoorbeeld De Kok (1965), p. 128 e.v. en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-72 e.v.

83 Art. 6:10 BW.

84 S. 2 (1) van de Engelse Civil Liability (Contribution) Act 1978.

85 Art. 50 OR.

86 Zie bijv. Van Weel (1863), p. 300, Diephuis X (1886), p. 197, Suijling (1936), p. 110, Hofmann-Van Opstall (1959), p. 233 nt. 1, Asser-Rutten (1981), p. 110, Spier (1992), p. 39 en Asser-Hartkamp I (1996), nr. 116. Hartkamps verwijzing naar Parl. Gesch. Boek 6, p. 138 (lees: p. 108) zal betrekking hebben op hetgeen ik hierna in de hoofdtekst citeer. Hartkamp verwijst voorts naar De Kok (1965), p. 21 e.v., die overigens slechts spreekt over die gevallen waarin de (buitenlandse) wet uitdrukkelijk gelijke verdeling gebiedt. Zie ook C.O. Segers, Themis 1920, p. 419 en A. Wolfsbergen, *Onrechtmatige daad*, Leiden 1946, p. 239, die m.i. ten onrechte menen dat in de artikelen 1328 en 1329 BW (oud) een gelijke draagplicht voor hoofdelijke debiteuren is neergelegd. Naar het lijkt in gelijke zin als Wolfsbergen voor Belgisch recht: Kruithof, t.a.p. (hoofdstuk 2, nt. 58), p. 628. Vgl. Pothier, nr. 264 i.f. voor regres onder opzettelijk handelende mededaders. Zie voorts E.M. Meijers, *De Algemene Begrippen van het Burgerlijk Recht*, Leiden 1948, p. 160 nt. 1, die ten onrechte stelt dat HR 30-10-1925, NJ 1926, 157 nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaatschappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker) de restregel van gelijke draagplicht aanvaardt. Het arrest zwijgt m.i. over deze kwestie.

Deze gedachte komt neer op een praktische restregel: als er geen aanwijzingen zijn voor een andere verdeling, dan zijn de debiteuren gelijkelijk draagplichtig. De wetgever stond niet afkerig tegenover een dergelijke restregel:

‘In ieder geval is het niet wenselijk – gelijk in sommige buitenlandse wetboeken is bepaald – als hoofdregel voorop te stellen dat de schuldenaren voor gelijke delen in de schuld moeten bijdragen; de uitzonderingen zouden dan belangrijker zijn dan de hoofdregel. Vanzelfsprekend is echter, indien geen van de hierboven aangegeven omstandigheden en beginselen uitsluitend geeft, een draagplicht voor gelijke delen ook volgens het ontwerp de aangewezen oplossing.’⁸⁷

De wetgever nam hiermee duidelijk afstand van het Duitse § 426 BGB, dat – voorzover hier van belang – als volgt luidt:

Die Gesamtschuldner sind im Verhältnisse zueinander zu gleichen Anteilen verpflichtet, soweit nicht ein anderes bestimmt ist.

Deze bepaling stelt dus als hoofdregel een verdeling naar ‘Kopfteilen’.⁸⁸ De debiteur die een afwijkende verdeling wenst, moet de omstandigheden bewijzen die een dergelijke afwijking rechtvaardigen.⁸⁹ In de praktijk komt de verdeling naar ‘Kopfteilen’ echter niet veel voor; zij is meer uitzondering dan regel.⁹⁰ ‘Ein anderes’ wordt door de rechter al snel aangenomen op grond van wet, contract, inhoud en

87 Parl. Gesch Boek 6, p. 108 (noot in het citaat weggelaten; in deze noot wordt verwezen naar o.a. § 426 BGB en art. 148 OR). Vgl. Van Buchem-Spapens (1982), p. 22.

88 Zie RG 29-5-1905, RGZ 61, 56, RG 22-12-1910, RGZ 75, 251, RG 25-11-1911, RGZ 77, 317, RG 30-4-1914, RGZ 84, 415, RG 21-2-1916, RGZ 88, 122, RG 17-12-1938, RGZ 159, 86, BGH 3-11-1958, BGHZ 28, 297, BGH 4-7-1963, NJW 1963, p. 2067, BGH 22-2-1967, BGHZ 47, 147, BGH 24-3-1980, BGHZ 77, 55, BGH 17-5-1983, NJW 1983, p. 1845, BGH 14-7-1983, BGHZ 88, 185, BGH 10-11-1983, NJW 1984, p. 482, BGH 11-6-1992, NJW 1992, p. 2286 en BGH 22-10-1992, BGHZ 120, 50. Zie voorts RGRK § 426 rdnr. 42, Schulz (1907), p. 32, Meier (1936), p. 22, Venzmer (1960), p. 214, Hillenkamp (1966), p. 133, Habermeier (1968), p. 93, Selb (1984), p. 96, Prediger (1988), p. 79, Lange (1990), p. 672, Giesberts (1990), p. 205 en Droste (1994), p. 114. Gelijk Duits recht: § 896 ABGB en art. 149 OR. Vgl. voor Frankrijk Terré-Simler-Lequette (1996), nr. 1161. Zie ook nog Weir (1976), § 12-131 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-69.

89 RG 26-4-1912, RGZ 79, 288, RG 21-2-1916, RGZ 88, 122, BGH 10-11-1983, NJW 1984, p. 482. Zie Soergel § 426 rdnr. 21, Münch. Komm. § 426 rdnr. 8, Palandt § 426 rdnr. 7, Esser-Schmidt (1993), p. 329, Venzmer (1960), p. 235, Selb (1984), p. 100.

90 Palandt § 426 rdnr. 7, Esser-Schmidt (1993), p. 328, Erman § 426 rdnr. 1, Lumm (1968), p. 206-207, Hofmann (1989), p. 170, Lange (1990), p. 672, Droste (1994), p. 114.

strekking van de specifieke rechtsverhouding, 'Treu und Glauben'⁹¹ of de 'Natur der Sache'.⁹²

Afgezien van de vraag hoe zwaar men de 'bewijslast' in voorkomende gevallen wil laten wegen, is de inzet van de restregel duidelijk: aanvaardt men de restregel van de gelijke verdeling, dan is degene die een afwijkende verdeling van draagplicht wil, aan zet.⁹³ Verwerpt men de restregel, dan is het per definitie aan de debiteur die de hoofdelijke prestatie heeft verricht, om aannemelijk te maken *dat en in welke mate* zijn mededebiteuren draagplichtig zijn.⁹⁴ Per saldo heeft het niet mijn voorkeur om de gelijke verdeling als *regel* te aanvaarden,⁹⁵ omdat daarvan het gevolg kan zijn dat de rechter ongemotiveerd kan vaststellen dat hem geen omstandigheden zijn gebleken die een andere verdeling rechtvaardigen. Enig inzicht in de redengeving voor de verdeling naar gelijke delen wordt aldus niet gegeven. Het verdient integendeel de voorkeur om steeds aan te geven waarom tot de betreffende verdeling werd besloten. Ook als de debiteuren gelijkelijk draagplichtig zijn, moet daar (bij benadering) een motivering voor kunnen worden gegeven.⁹⁶

4.5.3 vaste verdeelsleutels

Het Zwitserse art. 51 Obligationenrecht behelst een zogenaamde 'Kaskadenhaftung'. Dit houdt een vaste verdeling in van draagplicht tussen 'solidarisch' aansprakelijke personen. Overigens is het juister om te spreken van een vaste *toedeling*, omdat art. 51 ertoe strekt één van de aansprakelijken volledig draagplichtig te maken. Art. 51 luidt, voor zover hier van belang:

Dabei (bij de verdeling van de draaglast, WvB) trägt in der Regel derjenige in erster Linie den Schaden, der ihn durch unerlaubte Handlung verschuldet hat und ihn letzter Linie derjenige, der ohne eigene Schuld und ohne vertragliche Verpflichtung nach Gesetzesvorschrift haftbar ist.

91 Zie bijv. BGH 4-7-1963, NJW 1963, p. 2067, BGH 16-2-1971, NJW 1971, p. 752, BGH 9-3-1972, BGHZ 58, 216 en BGH 11-6-1992, NJW 1992, p. 2286. Vgl. BGH 6-12-1983, NJW 1984, p. 921.

92 Zie de rechtspraak genoemd in nt. 88. Vgl. de indelingen bij RGRK § 426 rdnr. 41, Meier (1936), p. 30, Jürgens (1988), p. 185, Fikentscher (1997), rdnr. 633 en Droste (1994), p. 114, p. 154, alsmede die bij OLG Bremen 23-2-1988, BauR 1988, p. 744. Vroeger werd wel aangenomen dat de zinsnede 'soweit nicht ein anderes bestimmt ist' in § 426 BGB slechts zag op afwijkende bepalingen in de wet. Deze strikte uitleg werd echter reeds vroeg verlaten ten gunste van een ruimere uitleg. Zie Meier (1936), p. 27 en in nt. 88 genoemde rechtspraak van het RG.

93 In deze zin Diephuis X (1886), p. 197. Vgl. Hof 's-Gravenhage 4-1-1918, W. 10270 (Staat Rumenië/NV Maatschappij s.s. 'Josephina').

94 Vgl. Loeff (1891), p. 253, die meent dat de regresnemer de omvang van het regresrecht jegens de aangesprokene dient te bewijzen.

95 Aldus ook De Kok (1965), p. 21.

96 Vgl. bijv. Parl. Gesch. Boek 6, p. 662 voor de argumenten die de wetgever aandroeg voor draagplicht naar gelijke delen bij art. 6:166 lid 2 BW; daarover Boonekamp (1990), p. 168-169.

De toedelingsvolgorde is als volgt: de eerst aangewezenen om de lasten te dragen is de hoofdelijke debiteur die op grond van 'Verschulden' aansprakelijk is voor zijn 'unerlaubte Handlung'; de tweede is degene die 'vertraglich' haftet; degene die op grond van de wet buiten schuld en buiten contract aansprakelijk is, dient pas als allerlaatste de schade te dragen.⁹⁷ Art. 51 OR spreekt aan wat betreft eenvoud, maar mist de nodige nuanceringsomstandigheden om in voorkomende gevallen een op maat gesneden draaglastverdeling te bewerkstelligen. Om die reden is er veel kritiek op de bepaling.⁹⁸

Het zal niet verbazen dat ons recht geen categorische verdeelsleutels kent zoals in Zwitserland worden gebruikt.⁹⁹ Zij zou ook zeker niet in een rechtsstelsel als het onze passen, omdat – afgezien van de overweging dat een dergelijke bepaling in concrete gevallen soms weinig rechtvaardige gevolgen kan hebben¹⁰⁰ – naar huidig recht lang niet altijd een glashelder onderscheid te maken valt tussen aansprakelijkheid uit contract en delict of tussen aansprakelijkheid op grond van schuld en risico.¹⁰¹ Invoering van dergelijke vaste verdelingsmaatstaven zou daartoe wel moeten leiden; het toestaan van uitzonderingen op de vaste verdeelsleutel – zoals in Zwitserland ook wel gebeurt¹⁰² – doet hier niet aan af.

Overigens kent ons recht wel het verschijnsel dat bepaalde personen in specifieke gevallen geheel draagplichtig of juist geheel vrij van draagplicht zijn. Een wettelijke bepaling die enige verwantschap vertoont met de Zwitserse 'Kaskadenhaftung' is art. 6:165 lid 2 BW. Als een gehandicapte op grond van art. 6:165 lid 1 'risico'-aansprakelijk is voor door hem toegebrachte schade, en naast de gehandicapte een derde schuld-aansprakelijk is wegens ontoereikend toezicht, dan is deze laatste intern volledig draagplichtig. Deze vaste toedelingsregel, die tegenwicht biedt aan de vergaande risico-aansprakelijkheid van gehandicapten, kan onder omstandigheden tot onbillijkheden leiden. Wat te denken van onverkorte toepassing van art. 6:165 lid 2 BW op de altruïstische oppas die, zonder een

97 Een vergelijkbaar 'Skala' werd door Schulz (1907) geïntroduceerd. Zie hierover m.n. Selb (1963), p. 36 en Hillenkamp (1966), p. 103 e.v. Zie ook nog § 840 lid 3 BGB, dat de 'risico'-aansprakelijke voor opstallen en dieren vrij van draagplicht acht in verhouding tot eventuele andere (schuld)aansprakelijken; zie over deze bepaling nader RG 24-11-1902, RGZ 53, 114, RG 27-6-1904, RGZ 58, 335 en RG 22-3-1909, RGZ 71, 7, alsmede Schulz (1907), p. 50, Fuchs (1933), p. 75, Meier (1936), p. 38-39, Venzmer (1960), p. 215, Hillenkamp (1966), p. 103 e.v., Mohr (1970), p. 40-41, Wochner (1972), p. 147-148, Wagenfeld (1972), p. 191, Giermulla (1988), p. 146, Hofmann (1989), p. 171 en Erman § 840 rdnr. 11.

98 Oftinger-Stark (1995), § 10-51. Vgl. Weir (1976), § 12-112.

99 Vgl. echter Bloembergen (1965), p. 140, die gecharmeerd lijkt van art. 51 OR; voorzichtiger is Spier (1992), p. 39.

100 Vgl. Spier (1992), p. 39.

101 Blijkbaar anders A.G. Castermans, Regels voor regres, in: *Onrechtmatige daad*, BW-krant jaarboek 1996, p. 194-195.

102 Art. 51 OR spreekt zelf immers van 'in der Regel', terwijl het uiteindelijk 'richterliches Ermessen' is dat de draaglastverdeling bepaalt. Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-86 en Oftinger-Stark (1995), § 10-51 e.v.

vergoeding te hebben bedongen, toezicht houdt op een puissant rijke geestelijk gestoorde? En zo zijn meer voorbeelden te verzinnen. Elke door wet of rechter gehanteerde vaste verdeelsleutel, dus ook die van art. 6:165 lid 2, stuit vroeg of laat op een situatie die tot minder aansprekende uitkomsten leidt.¹⁰³ Zodra zich dat voordoet, zal een uitzondering moeten worden geformuleerd op de vaste verdeelsleutels of zullen constructies worden bedacht om ze te omzeilen. De regresweggetjes die in de Amerikaanse deelstaten zijn bedacht om de common law-regel van 'non-contribution' te omzeilen, tonen dit voldoende aan.¹⁰⁴ Een vaste verdeelsleutel kan alleen dan standhouden als afwijking ervan onder omstandigheden is toegestaan. Ik denk in dit verband aan de ontsnappingsclausules van art. 6:166 lid 2 en 6:170 lid 3 BW. Voor het gros van de gevallen is het nog beter om een soepel hanteerbare maatstaf te gebruiken als vertrekpunt voor nadere concrete invulling. In die optiek is aan een vaste verdeling geen behoefte, ook niet bij wijze van restregel. Hooguit zou een min of meer vaste verdeling zinvol kunnen zijn als het belang bij efficiënte afwikkeling van regresgevallen niet strijdt met het belang bij een op het specifieke geval toegesneden rechtvaardige verdeling. Dat deed zich naar het lijkt volgens de Hoge Raad voor in het volgende geval. De Staat en de gemeente Rotterdam waren gezamenlijk aansprakelijk voor schade die ontstond door fouten van de Rotterdamse gemeentepolitie. Voor de interne draagplicht besliste de Hoge Raad dat de gemeente als eerstverantwoordelijke voor het politieoptreden in beginsel geheel draagplichtig is. Slechts als de fout het gevolg zou zijn van een onjuiste aanwijzing van het openbaar ministerie, is de Staat geheel draagplichtig. Voor andere verdelingen was volgens de Hoge Raad geen plaats:

'Het belang van hanteerbaarheid van de tussen de Staat en gemeenten met een eigen politiekorps toe te passen regresregels verzet zich tegen verdergaande uitzonderingen; dit klemmt temeer nu (...) de onderscheidene aan de politie opgedragen taken onderling sterk verweven zijn.'¹⁰⁵

Afgezien van de vraag of onder de thans geldende Politiewet nog aldus zou worden beslist, betwijfel ik sterk of deze 'zwart-wit' benadering van de Hoge Raad gelukkig is. Gevallen waarin schade ontstaat door samenlopende fouten van politie en justitie zijn niet moeilijk te bedenken. Spreekt het werkelijk aan om in die gevallen geen verdeling tussen gemeente en Staat te maken, maar om integendeel de gemeente omwille van hanteerbaarheid van regresregels de gehele schade te laten dragen? Ik herhaal: elke vaste verdeelsleutel stuit vroeg of laat op een situatie die tot minder aansprekende uitkomsten leidt. Dat pleit ook hier tegen vaste verdeelsleutels.

103 Zie hierover ook W.H. van Boom, NJB 1998, p. 608-609.

104 Ik denk met name aan de 'indemnity'; zie daarover de vindplaatsen genoemd hiervoor in nt. 29. Zie over vergelijkbare noodverbanden naar Zwitsers recht Oftinger-Stark (1995), § 10-51/53.

105 HR 25-9-1992, NJ 1994, 767 (Staat/Rotterdam).

Uiteraard staat het debiteuren onderling vrij om vaste verdeelsleutels af te spreken. Men zou zich bijvoorbeeld kunnen voorstellen dat WA-verzekeraars onderling min of meer vaste verdelingen afspreken voor regresgevallen.¹⁰⁶ Hoewel dergelijke initiatieven in de praktijk veelal beperkt zijn gebleven tot bepaling van de omvang van eigen schuld (bij de afwikkeling van cascoschades),¹⁰⁷ staat niets er aan in de weg om zulks ook bij hoofdelijkheidskwesties te doen. Hierbij zij aangetekend dat dergelijke vaste verdelingen mijns inziens alleen zinvol zijn tussen 'repeat players' zoals WA-verzekeraars onderling; zij kunnen na afweging van goede en kwade kansen voor een bepaalde verdeling kiezen.¹⁰⁸ Bij de afhandeling van hoofdelijkheidsdossiers door WA-verzekeraars onderling is immers geen individuele rechtvaardigheid in het spel en is dus geen individuele afweging noodzakelijk. In de verhouding tot anderen dan verzekeraars moet echter in de eerste plaats recht worden gedaan aan de omstandigheden van het geval.¹⁰⁹ In die verhouding zal niet snel een contractuele vaste verdeelsleutel voorkomen; pogingen om ook voor die gevallen te komen tot modelmatige verdeelsleutels zijn naar mijn mening daarom hooguit bij wijze van (rechterlijke) leidraad zinvol.¹¹⁰

4.5.4 *enige maatstaven ter bepaling van de draagplicht*

4.5.4.1 *algemeen: contract en wetsbepaling*

Zoals in paragraaf 4.4.6 werd gesteld, geeft art. 6:10 BW zelf geen regresmaatstaf. Voor nadere bepaling van de regresmaatstaf tussen hoofdelijke debiteuren moet

106 Of, wat in het verleden in verband met de cascoschadepraktijk nog wel voorkwam, een volledige afstand van regresrechten. Zie daarover H.A. Bongers, VA 1969, p. 155 e.v., F.J. Rutgers, 'Knock out of knock for knock', in: *Justitia et Amicitia*, Deventer 1985, p. 153 e.v., S.H. Steendam, VA 1985, p. 243 e.v., R.J.M. Smit, WPNR 5725 (1985), p. 37 e.v., Vereniging van Brandassuradeuren, WPNR 5767 (1986), p. 9 e.v. en Asser-Clausing-Wansink (1998), nr. 328.

107 Zie voor Duitsland G.-A. Bursch en M.H. Jordan, VersR 1985, p. 512-522, M. Berger, VersR 1987, p. 542-546, H. Krumholz, H. Paul en W. Brüseken, NZV 1988, p. 168-172 (over de zgn. 'Münchener Quotentabelle'), Steffen (1990); zie ook de terughoudende stemming, weergegeven in: 23. Verkehrsgerichtstag 1985, Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft, Hamburg 1985, p. 12. Voor Frankrijk zie men het uitgebreide stelsel in 'Rapport d'application pratique', opgenomen in: *Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing* (bijlagen), uitgave Verbond van verzekeraars, Den Haag 1996.

108 Vgl. J. Spier, De causale maatstaf van art. 6:101 BW, in: *Eigen schuld bij onrechtmatige daad*, LSA-bundel nr. 8, Lelystad 1997, p. 22-23.

109 Zie P.A. Metzinger, Typische Verkehrsunfälle und Schadenverteilung, in: 23. *Deutscher Verkehrsgerichtstag 1985*, Deutsche Akademie für Verkehrswissenschaft, Hamburg 1985, p. 215, alsmede Bursch en Jordan, t.a.p. (nt. 107), p. 512.

110 In gelijke zin: Spier, t.a.p. (nt. 108), p. 22-23. Vgl. W. Dunz, NJW 1964, p. 2135, die meent dat 'überall das richterliche Fingerspitzengefühl den Ausschlag geben muß, und das eine zu weitgehende Verfeinerung des Zahlenwerks den Gerechtigkeitsgehalt nicht erhöht', en ook Bursch en Jordan, t.a.p. (nt. 107), 517: 'Die Waage der Iustitia ist nun einmal keine Apothekerwaage'. Zeer kritisch evenwel over de algemene en vage bewoordingen waarmee in rechtspraak en literatuur wordt gewerkt, Rother (1965) en Rother (1983).

dus op andere bronnen van verbintenis worden teruggegrepen. Men kan zonder veel moeite hiërarchie aanbrengen in deze bronnen. Eerst moet worden bekeken of de debiteuren in een contractuele relatie tot elkaar staan die direct of indirect een maatstaf biedt voor de draagplicht. Als de hoofdelijkheid van de debiteuren in verband staat met een contractuele relatie die zij onderhouden, dan zal de regresmaatstaf in die verhouding moeten worden gevonden. Daarover kom ik nader te spreken in paragraaf 4.5.4.2.

Kan de regresmaatstaf niet in een bestaande contractuele relatie worden gevonden, of is helemaal geen sprake van een contractuele relatie, dan zou men in een specifieke wetbepaling een rechtstreeks toepasselijke regresmaatstaf kunnen aantreffen. Een bekend voorbeeld daarvan biedt art. 6:102 j° 101 BW. Aangezien de vragen die deze bepaling oproept van zowel praktisch als dogmatisch groot belang zijn, wordt daaraan in paragraaf 4.5.4.3 uitgebreid aandacht besteed.

Ontbreekt een rechtstreeks toepasselijke wetbepaling, dan kunnen mogelijk in de andere bronnen van verbintenis aanknopingspunten worden gevonden voor een regresmaatstaf. Ik sprak in paragraaf 4.4.6 in dit verband van assimilatie van rechtsgronden, omdat in voorkomende gevallen bijvoorbeeld de zaakwaarnemingsidee van art. 6:198 BW of de verrijkingsidee van art. 6:212 BW indirect als verdelingsmaatstaf in de zin van art. 6:10 BW kan fungeren. Deze en soortgelijke algemene (en minder concrete) verdelingsmaatstaven worden geschetst in de paragrafen 4.5.4.4 tot en met 4.5.4.8. In paragraaf 4.5.4.9 wordt tenslotte aandacht besteed aan de regresmaatstaf tussen schadeverzekeraar en schadeveroorzaker.

4.5.4.2 overeenkomst als regresmaatstaf

Alhoewel moet worden aangenomen – zo concludeerde ik in paragraaf 4.4.4 – dat het regresrecht van art. 6:10 BW in de regel als rechtsgrond zelfstandig bestaansrecht toekomt naast een contractuele actie, moet ook worden aangenomen dat de regresmaatstaf tussen contractanten in beginsel wordt bepaald door de contractuele rechtsverhouding.¹¹¹ Deze kan uitdrukkelijk of impliciet een bepaalde draaglastverdeling met zich brengen; partijen zijn uiteraard vrij om zelf een verdeling van draagplicht af te spreken, tenzij deze afspraak – bijvoorbeeld wegens strijd met een dwingende regresregel – krachteloos blijft.¹¹² Een duidelijk voorbeeld van een contractuele verdelingsmaatstaf geven exonerationclausules. Deze zien op de

¹¹¹ Aldus ook Soergel § 426 rdnr. 18 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 65.

¹¹² Zie bijv. art. 7: 661 lid 2 BW; zie ook HR 21-4-1995, NJ 1997, 570 nt. CJHB (Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz BV/Caspers), waarin bij vaststellingsovereenkomst werd afgeweken van de regresverboden inzake sociale werknemerspremies. Vgl. overigens ook HR 28-6-1991, NJ 1992, 787 nt. CHJB (Aannemingsbedrijf Verkerk BV/Van der Veen q.q.); in deze zaak werd de overeenkomst zelf wegens strijd met wettelijk vergunningsvoorschrift nietig geacht, maar de regresmaatstaf werd wel ontleend aan de aard van de uit het contract voortvloeiende werkzaamheden. Vgl. Spier (1992), p. 37.

uitsluiting van aansprakelijkheid in de contractuele verhouding tussen partijen; het is uiteraard een vraag van uitleg of een dergelijke uitsluiting mede beoogt te bewerken dat de wederpartij van de exonerant in verhouding tot deze volledig draagplichtig is.¹¹³ Naar mijn mening ligt een dergelijke uitleg zondermeer voor de hand.¹¹⁴

Vaak kan een verdeling van draagplicht ook worden afgeleid uit *de aard* van de overeenkomst tussen partijen.¹¹⁵ De risicoverdeling die uit de aard van de overeenkomst voortvloeit, kan ook gelden als verdelingsmaatstaf bij hoofdelijkheid. Noodzakelijk is dit geenszins; veel zal afhangen van doel en strekking van de betreffende risicoverdeling. Zo is denkbaar dat een 'verlicht' aansprakelijkheidsregime tussen contractspartijen mede bepalend is voor de draagplicht bij hoofdelijke aansprakelijkheid, voor zover deze aansprakelijkheid als verwezenlijking kan worden gezien van het risico waarvoor het verlichte aansprakelijkheidsregime (door de wetgever) in het leven werd geroepen. Een voorbeeld ter verduidelijking. Als een gebrekkige ladder wordt uitgeleend, dan kan de bruiklener de uitlener slechts dan aanspreken voor letselschade als de uitlener op de hoogte was van het gebrek (art. 7A:1790 BW).¹¹⁶ Het risico van letselschade wordt door dit verlichte aansprakelijkheidsregime bij de bruiklener gelegd. Het is betrekkelijk toevallig of de bruiklener deze schade zélf in persoon lijdt of bijvoorbeeld zijn werknemer. Gesteld dat bij letsel van de werknemer zowel de uitlener als de werkgever aansprakelijk zijn, dan zou art. 7A:1790 mede als regresmaatstaf tussen uitlener en werkgever moeten dienen.

Een ander voorbeeld: een meisje laat de hond van de buurman geregeld uit. Op een kwade dag vergeet zij het dier aan te lijnen.¹¹⁷ De eigenaar van de hond vergoedt op grond van art. 6:179 BW de schade van de fietser die in botsing komt met de hond, en tracht vervolgens regres te nemen op het buurmeisje. Het buurmeisje kan in verhouding tot de fietser onzorgvuldigheid worden verweten. Dit betekent naar mijn mening evenwel niet dat zij ook draagplichtig is in haar verhouding tot de eigenaar van de hond. Daarvan is slechts sprake voor zover het buurmeisje ook in de rechtsverhouding tot de buurman een verwijt kan worden gemaakt van de wijze waarop zij de hond uitliet. Of dat het geval is, wordt mede

113 Aldus ook Wandt (1994), p. 1440.

114 Zie nader W.H. van Boom, WPNR 6235 (1996), p. 615 e.v. Vgl. over deze materie D. Medicus, JZ 1967, p. 400, Lumm (1968), p. 194, Ludewig (1968), p. 27-29, Boulanger (1974), p. 187, Weitnauer (1978), p. 388, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 78-79.

115 Aldus ook RG 21-2-1916, RGZ 88, 122, BGH 11-7-1973, BB 1973, p. 1326; zie Brox (1992), rdnr. 431d.

116 Zie HR 22-11-1996, NJ 1998, 567 nt. CJHB (Bos/Erven Althuisius).

117 Casus geïnspireerd door Ktg. Leiden 9-1-1985, VR 1985, p. 421.

bepaald door het feit dat sprake was van dienstbetoon door een buurmeisje.¹¹⁸ De zorgvuldigheidsnorm, afgestemd op deze specifieke verhouding, geldt naar mijn mening tevens als regresnorm. Zou dat namelijk niet het geval zijn, dan zou het buurmeisje bijvoorbeeld draagplichtig kunnen zijn voor de schade van de gevallen fietser, maar niet voor de kosten van de dierenarts die de hond moest verplegen. In de rechtsverhouding tussen buurman en buurmeisje moeten beide 'schadeposten' vanwege het karakter van de vriendendienst gelijkelijk worden behandeld teneinde ongerijmde verschillen in uitkomst te voorkomen.

Mijn stelling dat de risicoverdeling die uit de aard van de overeenkomst voortvloeit, in de regel ook geldt als verdelingsmaatstaf bij hoofdelijkheid, vindt bijvoorbeeld ook steun in het arbeidsrecht. Als een werknemer onzorgvuldig handelt en dusdoende schade toebrengt aan zowel zijn werkgever als een derde, dan dienen in beginsel beide schadeposten te worden gedragen door de werkgever. De inconsistentie die namelijk het gevolg van verschillende behandeling van deze twee schadeposten zou zijn, verdraagt zich slecht met de arbeidsrechtelijke bescherming van de werknemer en wordt door de wet dan ook met zoveel woorden afgewezen.¹¹⁹

Een ander geval waarin de risicoverdeling tussen partijen bij een overeenkomst als regresnorm fungeert, is de koopovereenkomst. Bij een koopovereenkomst is de verkoper verplicht een zaak af te leveren die conform afspraak is (art. 7:17 BW). Is de zaak dat niet, dan ontstaat behoudens overmacht de plicht om de schade te vergoeden die het gevolg is van deze non-conformiteit. Deze conformiteitsnorm zal veelal ook als regresnorm kunnen dienen. Heeft bijvoorbeeld de koper van een halffabrikaat de zaak inmiddels tot eindproduct verwerkt en in het verkeer gebracht, dan is hij risico-aansprakelijk indien het product gebrekkig blijkt te zijn in de zin van art. 6:185 e.v. BW. Naast hem is ook de producent van het halffabrikaat aansprakelijk (art. 6:187 lid 2 BW); gezamenlijk zijn zij hoofdelijk verbonden

118 Vgl. HR 11-4-1958, NJ 1958, 467 nt. LEHR (Nukoop/Saalfeld). Zie echter ook in afwijkende zin: HR 3-12-1971, NJ 1972, 144 nt. GJS (Groningen & Lloyd/Kerssies), waarover Asser-Hartkamp, 4-III, *De verbintenis uit de wet*, 10e druk Deventer 1998, nr. 218.

119 Zie art. 7:661 en art. 6:170 lid 3 BW; vgl. over deze gelijkschakeling reeds H.L. Bakels, NJB 1959, p. 869 en Parl. Gesch. Aanpassing Burgerlijk Wetboek, p. 415-416. Zie over de verhouding tussen de genoemde bepalingen vooral ook T. van Peijpe, Aansprakelijkheid van werkgever/werknemer voor schade, in: *De arbeidsovereenkomst in het NBW*, Deventer 1991, p. 64-65, S.W. Kuip, Aansprakelijkheid van de werknemer voor schade, in: *Herziening Wet op de arbeidsovereenkomst*, reeks Vereniging voor Arbeidsrecht nr. 23, Alphen aan de Rijn 1995, p. 65-66, alsmede H.M.G. Manders, SR 1995, p. 291-293. Vgl. over de door mij voorgestane gelijkschakeling Helm (1961), p. 136, Weir (1976), § 12-107 en H. Otto, ArbuR 1995, p. 76. Zöllner en Loritz (1992), p. 229, geven aan dat het van toeval kan afhangen of de schade wordt toegebracht aan de werkgever of aan een derde, en dat om die reden de maatstaven van draagplicht tussen werkgever en werknemer in beide gevallen gelijk moeten zijn. Zie voorts BGH 7-12-1961, NJW 1962, p. 388 en BGH 29-11-1990, BB 1991, p. 626. Vgl. Venzmer (1960), p. 217 en J. Denck, *Der Schutz des Arbeitnehmers von der Außenhaftung*, Heidelberg 1981, p. 255.

tegenover de benadeelde (art. 6:189 BW).¹²⁰ De regresmaatstaf tussen deze producenten zal door de koopovereenkomst worden bepaald,¹²¹ meer in het bijzonder door het leerstuk van de non-conformiteit.¹²² Wat brengt dit concreet met zich? Indien vaststaat dat de gebrekkigheid van het eindproduct is veroorzaakt door de gebrekkigheid van het halffabrikaat, dan zal de producent-verkoper van het halffabrikaat behoudens overmacht aansprakelijk zijn jegens zijn koper (art. 7:17 j° art. 6:74 BW). Die wanprestatie is ook het uitgangspunt voor verdeling van de draagplicht tussen partijen.¹²³ In beginsel is de producent van het halffabrikaat geheel draagplichtig.¹²⁴ Onder omstandigheden mag echter van de koper die het halffabrikaat tot eindproduct wil verwerken, worden verwacht dat hij de gearriveerde zaken controleert op kwaliteit.¹²⁵ Indien in voorkomend geval het gebrek onopgemerkt blijft en het gebrekkige eindproduct tot productaansprakelijkheid aanleiding geeft, wordt de verdeling tussen partijen mede genormeerd door art. 6:101 BW. Als de koper eigen schuld valt te verwijten, dan kan binnen de grenzen van het contract een verdeling volgens de causaliteitsmaatstaf plaatsvinden.¹²⁶ Let wel: dit is geen rechtstreekse toepassing van art. 6:101 via de primaire verwijzing in art. 6:102 BW, maar een toepassing van art. 6:101 via de verwijzing 'rechtshandeling' in art. 6:102 BW. Het praktische belang hiervan is dat de toepasselijkheid en toepassing van art. 6:101 binnen de contractuele 'setting' anders kunnen worden beoordeeld dan waartoe rechtstreekse toepassing van art. 6:102 j° 101 BW zou kunnen leiden.

Een ander voorbeeld uit de 'koophoek' betreft de overgang van het risico. De aard van de koopovereenkomst brengt met zich dat hetgeen afgeleverd is, met

120 Aldus ook Wandt (1994), p. 1437.

121 A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *Produktenaansprakelijkheid in Europees verband*, 2e druk Zwolle 1991, p. 63; in dezelfde zin J. Spier, Product liability and contracts between corporations, in: *Dutch and Japanese laws compared*, Publications of the International Center for Comparative Law and Politics no. 3, Tokyo 1993, p. 164.

122 De koopovereenkomst is 'rechtshandeling' in de zin van art. 6:102 BW. De richtlijn produktenaansprakelijkheid laat het regresvraagstuk uitdrukkelijk over aan het nationale recht. Vgl. ook de invulling die § 5 ProdHaftG geeft, op grond waarvan als primaire verdelingsmaatstaf geldt de mate waarin 'der Schaden vorwiegend von dem einen oder dem anderen Teil verursacht worden ist'; deze maatstaf slechts 'soweit nichts anderes bestimmt ist'. Een afwijkende verdeling kan bijvoorbeeld uit (het bestaan van) een overeenkomst worden afgeleid. Zie Palandt § 5 ProdHaftG, rdnr. 3, Wandt (1994), p. 1440, Fuchs (1994), p. 537-538.

123 Anders: L. Dommering-van Rongen, *Produktenaansprakelijkheid*, diss. Utrecht 1991, p. 324, die steeds een verdeling naar mate van veroorzaking aangewezen acht.

124 In dezelfde zin Droste (1994), p. 115, p. 125. In dezelfde zin voor de verhouding van de producent tot de koper-groothandelaar Kossmann, NJW 1984, p. 1666. Anders: Dommering-Van Rongen, a.w., p. 324.

125 Zie art. 7:23 BW, waarover Asser-Hijma (1994), nr. 541 e.v. Vgl. ook art. 38 CISG en § 377 en 378 HGB, waarover Droste (1994), p. 118-119 en Fuchs (1994), p. 534.

126 Zie bijv. het voorstel van Spier, t.a.p. (nt. 121), p. 166 en Droste (1994), p. 145, om in ieder geval 50% van de schade te laten dragen door de koper-eindproducent wanneer deze bij het verwerken van het halffabrikaat ten onrechte niet bemerkt dat dit gebrekkig is.

de aflevering voor rekening en risico van de koper komt (art. 7:10 BW). Niet alleen heeft dit gevolgen voor verschuldigdheid van de koopprijs niettegenstaande tenietgang of achteruitgang van de zaak, maar het heeft tevens gevolgen voor de regresverhouding tussen koper en verkoper, aldus (geparafraseerd) de Hoge Raad in een arrest uit 1984. Witjes had zijn sleepboot verkocht en feitelijk afgeleverd aan Doorduin. Overdracht had nog niet plaatsgevonden, toen met de sleepboot een steiger geramd werd. Aangesproken tot vergoeding riep Witjes Doorduin in vrijwaring op. Rechtbank en hof wezen deze vrijwaringsvordering af. De Hoge Raad besliste anders:

'In een situatie als de onderhavige, waarin de koper van een schip na de aflevering doch voordat het hem in eigendom is overgedragen, ertoe overgaat het schip met alle daaraan inherente risico's te gebruiken of door derden te laten gebruiken, brengt de billijkheid in verband met de aard van de koopovereenkomst mee dat, bij gebreke van een beding in andere zin, de verkoper die als eigenaar door een derde aansprakelijk wordt gesteld voor een door het schip veroorzaakte aanvaringsschade, ter zake van die aansprakelijkheid verhaal kan nemen op de koper, daargelaten het geval dat de aanvaring is veroorzaakt door een gebrek van het schip, waarvoor de verkoper uit hoofde van de koopovereenkomst jegens de koper aansprakelijk is'.¹²⁷

Een ander voorbeeld waarin de aard van de overeenkomst een bepaalde verdeling met zich brengt, biedt het maatschapscontract. Maten delen in winst en verlies resulterend uit de maatschapsactiviteiten naar rato van hun aandelen in de maatschap. Zo zullen maten die zich gezamenlijk borg stellen voor een schuld van de maatschap, in beginsel onderling draagplichtig zijn naar rato van hun aandeel.¹²⁸ Een dergelijke aanknoping aan het maatschapscontract lijkt overigens alleen zinvol indien de hoofdelijkheid (hier de borgtocht) in een bepaalde samenhang staat met de overeenkomst waar men de verdelingsmaatstaf aan ontleent (hier het maatschapscontract). Ontbreekt een dergelijke samenhang dan is de aanknoping willekeurig en kan zij tot onwenselijke resultaten voeren.

De aard van een overeenkomst kan ook indirect aanwijzingen opleveren voor een regresmaatstaf. Een voorbeeld daarvan biedt de uitspraak van de Hoge Raad in het geschil tussen Verkerk en Bouwservice over het regres voor betaalde sociale premies (zie hiervoor paragraaf 4.5.4.5). De Hoge Raad oordeelde dat de premieschulden alleen Bouwservice aangingen, aangezien Bouwservice werkgever

¹²⁷ HR 4-5-1984, NJ 1984, 670 nt. G (Witjes/Doorduin).

¹²⁸ Voor Duitsland zie men BGH 22-2-1967, BGHZ 47, 157, BGH 11-7-1973, BB 1973, p. 1326, BGH 15-1-1988, BGHZ 103, 72, Habermeyer (1968), p. 93-94, Schlechtriem (1978), p. 1041-1042, Selb (1984), p. 97, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 62.

was van de betreffende werknemers voor wie de premies moesten worden betaald.¹²⁹ Het ligt mijns inziens meer voor de hand om de contractuele rechtsverhouding tussen uitlener en inlener (of ook: hoofdaannemer en onderaannemer) als uitgangspunt te kiezen. De hoofdverplichtingen van partijen zijn duidelijk: de ene persoon verkrijgt tegen betaling van een geldsom de beschikking over de diensten van (het personeel van) een ander. Uitgangspunt bij een dergelijk contract is dat de uitlener reeds in zijn kostprijsberekening eventuele premieschulden verdisconteert; blijken bijvoorbeeld achteraf deze premieschulden hoger of lager dan berekend, dan blijft het verschil te zijnen na- of voordele. De inhoud van de hoofdverplichtingen van partijen bij het contract geeft daarom ook de doorslag bij bepaling van de draagplicht.

4.5.4.3 art. 6:102 BW: veroorzaking en verwijtbaarheid

Een belangrijke plaats in het leerstuk van regres onder hoofdelijke debiteuren wordt ingenomen door het regres van (toevallige) mededaders. Naar oud recht werd wel aangenomen dat toevallige mededaders in hun interne verhouding draagplichtig waren in evenredigheid met de mate waarin hun 'schuld' aan de schade had bijgedragen.¹³⁰ Niet geheel duidelijk was evenwel wat hiermee werd bedoeld. Naar huidig recht geeft art. 6:102 lid 1, dat de regeling van art. 6:101 BW van overeenkomstige toepassing verklaart, een duidelijke en op het oog simpele verdelingsmaatstaf: zijn meer personen gehouden tot vergoeding van dezelfde schade, dan zijn zij tegenover de benadeelde hoofdelijk aansprakelijk en dragen zij in hun interne verhouding de schade in evenredigheid met de mate waarin de gebeurtenis waarvoor zij elk aansprakelijk zijn, tot het ontstaan van de schade heeft bijgedragen. Dit is de primaire maatstaf van art. 6:102 j^o 101 BW. Het komt daarin dus niet aan op een weging van de mate van verwijtbaarheid.¹³¹ Voor wat betreft de hoofdregel van art. 102 heeft de wetgever dus bewust afstand genomen van de mogelijkheid van regres in evenredigheid met de mate van verwijtbaarheid. Een van de redenen hiervoor is dat de verdeling naar rato van de veroorzakingsbijdrage het wegen van risico-aansprakelijkheid mogelijk maakt. Het is dus zeker

129 HR 28-6-1991, NJ 1992, 787 nt. CHJB (Aannemingsbedrijf Verkerk BV/Van der Veen q.q.). Vgl. HR 18-12-1992, NJ 1993, 734 nt. PvS (Harko BV/Groen-Kelderman q.q.).

130 Losbl. Onrechtmatige daad (oud) I, nr. 362. Zie bijv. Hof 's-Gravenhage 4-1-1918, W. 10270 (Staat Rumenië/NV Maatschappij s.s. 'Josephina'); vgl. – minder duidelijk – Rb. Rotterdam 30-6-1961, NJ 1961, 533 (NV Arnhemse Verzekering Mij/Christelijke Volksonderwijsschool) en Hof 's-Hertogenbosch 17-11-1992, VR 1993, 113 (Nationale Nederlanden/Sjoukes). In het kader van eigen schuld leek werkelijk weging van schuldmaten plaats te vinden; zie bijv. HR 4-11-1977, NJ 1978, 146 nt. GJS (G.E.M. Line/Staat).

131 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 450, Van Wassenae van Catwijck en Jongeneel (1995), p. 137-139, Castermans, t.a.p. (nt. 101), p. 189, J. Spier, A&V 1997, p. 106. Vgl. HR 2-6-1995, NJ 1997, 700-702 nt. CJHB (Klaverblad/IZA etc.).

niet zo dat een risico-aansprakelijke in verhouding tot een schuldaansprakelijke per definitie vrij van draagplicht is. Zo kan bij weging van veroorzakingsbijdragen aan de instorting van een opstal (art. 6:174 BW) causaal beschouwd een gelijk gewicht toekomen als aan de culpoze nalatigheid van een andere aansprakelijke (art. 6:162 BW). Lastiger is het om te wegen tussen een aansprakelijkheidvestigende daad van de een en de risico-aansprakelijkheid van de ander voor die daad. Waartoe zou bijvoorbeeld de causaliteitsmaatstaf leiden bij hoofdelijkheid van de ene persoon op grond van art. 6:162 en van de andere op grond van art. 6:171 BW? In de regel zal de laatste persoon geen enkele directe causale bijdrage aan de veroorzaking kunnen worden toegerekend; voor die gevallen leidt toepassing van de causaliteitsmaatstaf er in beginsel toe dat de risico-aansprakelijke geheel vrij van draagplicht is,¹³² tenzij wet¹³³ of contract¹³⁴ tot een andere verdeling nopen.

Op de primaire maatstaf kan bij wijze van uitzondering een billijkheidscorrectie worden toegepast. Op de uitzonderingen die bovendien uit rechtshandeling of wetsbepaling kunnen voortvloeien, wordt elders ingegaan.¹³⁵

Wil men nadere uitspraken doen over de concrete toepassing van de causale maatstaf, dan betreedt men een juridisch schemergebied waarin de Hoge Raad slechts een klein aantal lichtbakens heeft uitgezet. In zekere zin sluit de rechtspraak van de Hoge Raad aan bij het Duitse recht; het Duitse recht is overigens ook voor de wetgever een belangrijke inspiratie geweest bij de formulering van art. 6:102 en 101 BW.

Naar Duits recht vindt voor de bepaling van de draagplicht van hoofdelijke debiteuren allereerst een weging van de mate van 'Verursachung' plaats.¹³⁶ Daarbij wordt net als in ons land allereerst gekeken of de aan elk van betrokkenen toe te rekenen omstandigheden werkelijk zijn ingetreden en of deze *conditio sine qua non* waren voor het intreden van de schade.¹³⁷ Aangezien een afweging aan de hand van het *conditio*-vereiste tot geen andere verdeling dan naar gelijke delen zou

132 In die zin werd dan ook door sommige auteurs geoordeeld naar oud recht voor de werkgever in zijn verhouding tot de geheel draagplichtige werknemer; zie Asser-Rutten III, *De verbintenissen uit de wet*, 6e druk Zwolle 1983, p. 161 e.v. Vgl. Weir (1976), § 12-107 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-85.

133 Zie bijv. art. 6:170 lid 3 BW.

134 Vgl. HR 7-1-1983, NJ 1984, 607 nt. CHJB (Nieuw Rotterdam NV/Kruk & Goktas).

135 Zie bijv. par. 4.5.4.2.

136 Dit is heersende leer; zie RG 22-12-1910, RGZ 75, 251, BGH 8-2-1952, NJW 1952, p. 538, BGH 20-1-1954, BGHZ 12, 124, BGH 17-12-1955, VersR 1956, p. 160, BGH 1-2-1965, BGHZ 43, 227, Münch. Komm. § 426 rdnr. 8, Münch. Komm. § 254 rdnr. 65, Mohr (1970), p. 11, Wagenfeld (1972), p. 180-181, Lange (1990), p. 608, p. 673, Brox (1992), rdnr. 431d, Becker (1994), rdnr. A 276. Anders: Meier (1936), p. 50-51, Rother (1965), p. 45 e.v., Rother (1983), p. 793 e.v.

137 Lange (1990), p. 561, Becker (1994), rdnr. A 270.

leiden,¹³⁸ wordt vervolgens een afweging gemaakt van de mate waarin elk van de oorzaken waarvoor aansprakelijkheid bestaat, 'geeignet' was de schade te veroorzaken.¹³⁹ In dat kader worden de veroorzakingsbijdragen onderling afgewogen naar de mate van waarschijnlijkheid waarmee zij de gebeurtenis teweeg zouden brengen. Hoe groter deze waarschijnlijkheidsgraad, des te groter de draagplicht van de betreffende aansprakelijke.¹⁴⁰

Als gezegd sluit de rechtspraak van de Hoge Raad hierbij aan. De Raad legt in zekere zin een soortgelijke adequatie-toets aan. Als we de rechtspraak over eigen schuld zondermeer mogen toepassen – en ik meen dat dit inderdaad is toegestaan –, dan dient een verdeling plaats te vinden in evenredigheid met de mate waarin de gebeurtenissen waarvoor aansprakelijkheid bestaat, het gevaar voor het ontstaan van de schade in het leven hebben geroepen.¹⁴¹ Dit is een toetsing van concrete gedragingen op hun gevaarverhogingsgehalte. Daarbij kunnen bepaalde – wat ik maar zal noemen – achtergrondrisico's ook een rol spelen.¹⁴² In de Nederlandse literatuur wordt in dit verband graag van 'Betriebsgefahr' (van met name motorrijtuigen) gesproken. Hierbij moet men niet uit het oog verliezen dat men in Duitsland onder deze term veel meer begrijpt dan alleen achtergrondrisico's (zoals gewicht van een voertuig). Concrete omstandigheden als snelheid, de rijwijze en -stijl van de bestuurder, de plaats waar het ongeval plaats had, gebreken aan het motorrijtuig, de manoeuvreermogelijkheden die het rijtuig had, de lengte van de remweg in verband met de aard van het voertuig en dergelijke omstandigheden meer, die het 'Betriebsgefahr' van het voertuig kunnen verhogen ten opzichte van een ander betrokken persoon of voertuig, spelen bij bepaling van het 'Betriebsgefahr' mee.¹⁴³

138 Larenz I, p. 549; Venzmer (1960), p. 136, p. 139; Klauser (1962), p. 369; Rother (1965), p. 50-51; Wochner (1972), p. 137-138, p. 140-141; Lorenz (1979), p. 44; Rother (1983), p. 793; Lange (1990), p. 609; Henke (1991), p. 270 nt. 65; Droste (1994), p. 127. Vgl. ook Prosser en Keeton (1984), p. 474 en Robert N. Strassfeld, 60 *FORDHAM L. REV.* (1992), p. 918-919.

139 Dit is een toepassing van de adequatietheorie; zie daarover H.L.A. Hart en T. Honoré, *Causation in the law*, 2e druk Oxford 1985, p. 467 e.v.

140 Zie over e.e.a. Erman § 154 rdnr. 86, Venzmer (1960), p. 133, p. 142 e.v., E. Böhmer, MDR 1963, p. 732, Klauser (1962), p. 370, K.-A. Klauser, NJW 1965, p. 1895, W. Dunz, NJW 1965, p. 2134, Rother (1983), p. 793, Lange (1990), p. 609, p. 674, Henke (1991), p. 269, Droste (1994), p. 127. Zie bijv. BGH 30-1-1973, BGHZ 70, 177 waar wordt gesproken van 'entscheidende Ursache'. Vgl. ook G.W.J. Bruins, *Een onderzoek naar den rechtsgrond der schadevergoeding*, diss. Leiden 1906, p. 177-178, Asser-Losecaat Vermeer (1939), p. 214, L.E.H. Rutten, VR 1954, p. 3 en J.H. Nieuwenhuis, *Confrontatie en compromis*, 2e druk Deventer 1997, p. 82.

141 HR 2-6-1995, NJ 1997, 700-702 nt. CJHB (Klaverblad/IZA etc.).

142 Aldus uitdrukkelijk bindend advies 12-12-1994 (Bouman), VR 1995, nr. 186 inzake achtergrondrisico's verbonden aan motorrijtuigen.

143 RGRK § 254 rdnr. 31, Alt.komm. § 254 rdnr. 17, Klauser (1962), p. 372, Bursch en Jordan, t.a.p. (nt. 107), p. 514, Giemulla (1988), p. 146-147, Lange (1990), p. 614, p. 674, Becker (1994), rdnr. A 228 e.v.. Zie vooral ook de opsomming van (lagere) rechtspraak bij Wussow (1985), p. 595. Vgl. voor een soortgelijke redenering t.a.v. gevaarverhoging door vier spelende honden OLG Düsseldorf 21-7-1992, VersR 1993, p. 1496, VersR 1994, p. 234 nt. F. Schmalzl. Bij de verdeling van de draagplicht tussen werkgever en werknemer worden naar Duits recht dergelijke achtergrondrisico's van de zijde van de werkgever aan deze toegerekend als 'typischen von

Daarmee worden niet alleen achtergrondrisico's maar vooral ook concrete omstandigheden gewogen. *Hoe* een dergelijke weging naar Nederlands recht moet plaatsvinden is onduidelijk. Bovendien stelt de Hoge Raad geen hoge eisen aan de motivering van de concrete weging door de feitenrechter; het gebruik van de gevaarverhogingsweegschaal is in de opvatting van de Hoge Raad een in hoge mate op het intuïtieve inzicht van de rechter berustende bezigheid.¹⁴⁴

Ook in de Duitse rechtspraak is nauwelijks helderheid te bespeuren wat betreft weging van gevaarverhogingsmate. Enige helderheid biedt het onderscheid tussen 'mittelbare' en 'unmittelbare' veroorzaking. In sommige gevallen kan namelijk worden onderscheiden tussen de gebeurtenis die de schade rechtstreeks deed ontstaan enerzijds en de gebeurtenis (die in tijd veelal voorafging aan de eerste en) die slechts de mogelijkheid van het intreden van de gebeurtenis in het leven riep. Dit onderscheid in – zo men wil – 'causa remota' en 'causa proxima' is zeker niet altijd te maken; het is ook niet altijd een zinvol onderscheid, maar in bepaalde gevallen kan het dienst doen. In Duitsland wordt het onderscheid dan ook inderdaad gemaakt: uit de rechtspraak van het BGH blijkt de neiging om aan degene die 'actief' de schade veroorzaakt de draagplicht *geheel* toe te delen in verhouding tot degene die wegens ontoereikend toezicht aansprakelijk is tegenover de benadeelde.¹⁴⁵ Van dit uitgangspunt moet uiteraard worden afgeweken wanneer tussen toezichthouder en 'onmiddellijke' veroorzaker een bijzondere contractuele verhouding bestaat op grond waarvan de toezichthouder tegenover de veroorzaker de (primaire) verplichting op zich heeft genomen om te waken tegen de betreffende veroorzaking.¹⁴⁶

Dit onderscheid tussen 'middellijke' en 'onmiddellijke' veroorzaking lijkt in een enkele uitspraak van de Hoge Raad in het kader van de primaire maatstaf van art. 6:101 BW ook een rol te spelen.¹⁴⁷ Het onderscheid leidt meestal tot een

Unternehmer zu tragenden Betriebsrisiko'; zie BGH 10-1-1955, BGHZ 16, 111, BGH 8-12-1971, NJW 1972, p. 440. Vgl. Ising (1969), p. 89, 95, Mohr (1970), p. 43, Bösken (1986), p. 129 e.v., m.n. p. 138-141, G. Schaub, *Arbeitsrechtshandbuch*, 7e druk München 1992, p. 308, Zöllner en Loritz (1992), p. 226, R. Bösken en G. Klüglic, VersR 1994, p. 1149.

144 Zie de rechtspraak genoemd bij losbl. Schadevergoeding, art. 101 (Boonekamp), aant. 22. Terecht kritisch over deze rechtspraak: Spier, t.a.p. (nt. 108), p. 21.

145 BGH 1-2-1965, BGHZ 43, 227 (toezichthoudende architect niet draagplichtig in verhouding tot aannemer die uitvoeringsfout maakt), BGH 16-2-1971, NJW 1971, p. 752 (toezichthoudende architect niet draagplichtig in verhouding tot stukadoorsbedrijf dat gebrekkige steigers gebruikt bij uitvoering), BGH 22-4-1980, NJW 1980, p. 2348 (aannemer en zijn voorman niet draagplichtig in verhouding tot onderaannemer die willens en wetens een groot gevaar voor ernstig letsel in het leven roept). Zie over e.e.a. Larenz I, p. 560, Larenz II-2, p. 583, Wussow (1985), rdnr. 579, Hofmann (1989), p. 170.

146 BGH 22-4-1980, NJW 1980, p. 2348 lijkt dit te overwegen (p. 2349); om die reden is de regel die Hofmann (1989), p. 170, geeft, te absoluut. Vgl., zij het onduidelijk in welke richting, Hof 's-Gravenhage 31-12-1971, NJ 1972, 160 (Feldhoff/De Stad Rotterdam anno 1720).

147 Zie bijv. HR 29-4-1994, NJ 1997, 396 nt. MS (Gemeenschappelijke Eigendom/Den Haag); vgl. Hof 's-Gravenhage 15-9-1994, VR 1995, 9 nt. HAB (Reptax/Diemen).

volledige toedeling van draagplicht aan de 'onmiddellijke' veroorzaker, zodat hier wellicht toch meer sprake is van een billijkheidscorrectie dan van een causale verdeling;¹⁴⁸ hoe kan een aansprakelijke 'middellijke' veroorzaker immers een (relatieve) causale bijdrage van nihil hebben geleverd?¹⁴⁹

De weging van gevaarverhogingsmaten wordt niet alleen toegepast bij de gevallen van mede-aansprakelijkheid waarbij van alle oorzaken vaststaat dat zij *conditio sine qua non* waren voor het ontstaan van de schade. Het heeft er veel van weg dat zij ook wordt gebruikt bij gevallen van alternatieve causaliteit. In het DES-arrest liet de Hoge Raad weliswaar in het midden volgens welke maatstaf de draagplicht van de op grond van art. 6:99 BW hoofdelijk aansprakelijke producenten moet worden vastgesteld, maar in de literatuur wordt verdedigd dat het regres naar rato van het marktaandeel dient te geschieden.¹⁵⁰ Het marktaandeel weerspiegelt in abstracto immers de grootte van de kans dat de betreffende producent de daadwerkelijke veroorzaker was. Daarmee kan regres naar rato van het marktaandeel worden geschaard onder de verdelingsmaatstaven die aanknopen bij de gevaarverhogingsmate.

Het verschil tussen gevallen van alternatieve causaliteit en gewone mede-aansprakelijkheid is uiteraard gelegen in het achterwege laten van het *conditio sine qua non*-vereiste. Bij toepassing van art. 6:99 BW wordt voor aansprakelijkheid niet het bewijs van *conditio sine qua non* geëist; men kan het in die gevallen dan evenmin eisen voor het regres. Zijn twee personen bijvoorbeeld elk aansprakelijk op grond van art. 6:99 BW, dan zal degene die de schade vergoed heeft en vervolgens regres wenst te nemen op de ander toch niet behoeven te bewijzen dat die ander de werkelijke veroorzaker is? Verlangt men wel een dergelijk bewijs, dan belast men in het gros van de gevallen de hoofdelijke debiteur die de schade heeft vergoed met de gevolgen van toepassing van art. 6:99 BW. Dat zal zeker geen prikkel zijn om tot betaling van schadevergoeding over te gaan. Voor die gevallen zal men het *conditio sine qua non*-vereiste bij bepaling van de draagplicht van de aansprakelijke personen moeten laten varen; de draagplicht moet worden

148 Zo moet m.i. ook de rechtspraak worden verstaan waarbij de regresvordering wordt afgewezen omdat de fout van de aangesprokene 'in het niet valt' bij die van de regreszoekende. Zie bijv. Hof Amsterdam 26-10-1984, VR 1986, 14 en Hof Den Bosch 17-11-1992, VR 1993, 113.

149 Spier, t.a.p. (nt. 108), p. 16, stelt zich dezelfde vraag. Het is om exact deze reden dat het Belgische Hof van Cassatie 18-1-1979, RCJB 1980, p. 241 bij een causale verdeling tussen medeveroorzakers een 100/0 verdeling onhoudbaar en daarom ontoelaatbaar acht.

150 J.H. Nieuwenhuis, *Produktenaansprakelijkheid*, preadvies VBR 1987, Lelystad 1987, p. 16, Boonekamp (1990), p. 204 e.v., T. Hartlief, TVVS 1992, p. 312.

bepaald in evenredigheid met de mate waarin elk van de aansprakelijken het gevaar op het ontstaan van de schade in het leven heeft geroepen.¹⁵¹

Ik ben van mening dat de verdeling naar rato van de gevaarverhogingsbijdrage ook bij andere exotische causaliteitsgevallen goede diensten kan bewijzen. Ik denk in dit verband met name aan die gevallen waarin twee oorzaken elk voldoende zijn voor het ontstaan van de gehele schade¹⁵² en die waarin voortdurende schade, ontstaan door de ene oorzaak, op enig moment ook zou zijn ontstaan door een andere oorzaak¹⁵³. Indien in voorkomende gevallen hoofdelijkheid ontstaat, dan kan regres plaatsvinden naar rato van de gevaarverhogingsbijdrage. Recentelijk is door Spier voor dergelijke regresgevallen een 'natuurlijk-wetenschappelijke causaliteit' bepleit.¹⁵⁴ Spier geeft het volgende voorbeeld: A wordt aangereden door B; daardoor raakt A voor de duur van tien jaren arbeidsongeschikt. Een jaar na de aanrijding wordt A in het ziekenhuis foutief behandeld door C; hierdoor zou – de aanrijding weggedacht – negen jaren arbeidsongeschiktheid zijn ontstaan. Gesteld nu dat zowel B als C voor de schade van negen jaren arbeidsongeschiktheid aansprakelijk zijn, rijst de vraag in hoeverre zij onderling draagplichtig zijn. Spier acht C geheel vrij van draagplicht, nu C niets aan de schade heeft bijgedragen; de schade was er immers al. De redenering gaat eraan voorbij dat in deze atypische causaliteitsgevallen reeds bij vestiging van de hoofdelijke aansprakelijkheid van B en C een lankmoedige invulling is gegeven aan het *conditio sine qua non*-vereiste. Is dit vereiste min of meer losgelaten bij vestiging van de aansprakelijkheid, dan zal men dat bij bepaling van de draagplicht ook moeten doen. Zo ook in het gegeven voorbeeld van B en C. Elk van beide oorzaken immers zou, de andere oorzaak weggedacht, de schade hebben teweeggebracht. Het gaat dan niet aan om geen draagplicht aan te nemen voor de tweede oorzaak, aangezien die gelijkelijk adequaat was om de schade te doen ontstaan. In het voorbeeld moeten B en C daarom de schadevergoeding voor negen jaren arbeidsongeschiktheid gelijkelijk dragen.¹⁵⁵ Slechts als men zou willen aannemen dat causaliteit een kameleon-achtige figuur is die tegenover het slachtoffer een andere kleur aanneemt dan in de interne verhouding tussen hoofdelijke debiteuren onderling, zou men het betoog van Spier kunnen onderschrijven. In wezen komt het dan aan op de vraag of men de gevolgen van de op slachtofferbescherming geënte causaliteit ten koste laat komen van de

151 Uiteraard sluit dit niet uit dat het verweer tegen de regresvordering wordt gevoerd dat de in regres aangesproken persoon in het geheel niet aansprakelijk is (omdat hij niet onrechtmatig heeft gehandeld, omdat is komen vast te staan welke van de betrokken personen de werkelijke veroorzaker is geweest etc.).

152 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 440 spreekt van 'causaliteit van meer handelingen'; T. Hartlief, in: J. Spier e.a. *Verbintenissen uit de wet en schadevergoeding*, Deventer 1997, nr. 237, spreekt van 'afzonderlijke oorzaken'.

153 Dit noemt men wel de 'hypothetische causaliteit'; zie Hartlief, a.w.

154 J. Spier, A&V 1997, p. 106-107.

155 Uitdrukkelijk anders: Spier, t.a.p.

toevallige eerste 'veroorzaker', of deze gevolgen integendeel spreidt over alle 'veroorzakers'. Het laatste alternatief zou mijn voorkeur hebben.

Tot zover de toepassing van de primaire causaliteitsmaatstaf. Wat betreft deze primaire maatstaf van art. 6:102 j^o 101 BW gaat de vergelijking met Duits recht – dat een belangrijke inspiratiebron voor de wetgever was – redelijk op. Maar daarna gaan de twee rechtsstelsels elk hun eigen weg. Waar naar Nederlands recht slechts plaats is voor een weging van 'Verschulden' in het kader van een bij uitzondering te gebruiken billijkheidscorrectie,¹⁵⁶ vindt naar Duits recht altijd weging plaats van de maten van 'Verschulden'. Anders dan in Nederland heersende leer lijkt te zijn,¹⁵⁷ wordt in Duitsland erkend dat geen waterdichte schotten bestaan tussen 'Verursachung' en 'Verschulden'. In Duitsland wordt de draagplicht van medeveroorzakers uiteindelijk bepaald door een gecombineerde afweging van deze factoren, uiteraard met inachtneming van alle relevante omstandigheden.¹⁵⁸ Na weging van de maten van 'Verursachung' volgt weging van de maten van 'Verschulden',¹⁵⁹

156 Anders: Jac. Hijma, WPNR 6216 (1996), p. 200.

157 Zie nt. 131.

158 Deze regel is in de rechtspraak tot ontwikkeling gekomen door § 254 BGB (eigen schuld) overeenkomstig toe te passen op de regresverhouding van 'Nebentäter'. Zie RG 22-12-1910, RGZ 75, 251, RG 30-4-1914, RGZ 84, 415, RG 17-12-1938, RGZ 159, 86, BGH 24-4-1952, BGHZ 6, 3, BGH 17-12-1955, VersR 1956, p. 160, BGH 4-7-1963, NJW 1963, p. 2067, BGH 1-2-1965, BGHZ 43, 227, BGH 22-4-1980, NJW 1980, p. 2348, BGH 21-9-1983, JZ 1984, p. 230, GmS-OGB 21-9-1993, NJW 1994, p. 856, BAG-GS 27-9-1994, NJW 1995, p. 210, waarover Soergel § 254 rdnr. 10, Münch. Komm. § 426 rdnr. 8, rdnr. 14, RGRK § 254 rdnr. 9, Erman § 840 rdnr. 10, Larenz I, p. 645, Larenz II-2, p. 583, Esser-Schmidt (1993), p. 329, Venzmer (1960), p. 211, Hillenkamp (1966), p. 109, Wochner (1972), p. 147, Selb (1984), p. 99, Jürgens (1988), p. 52, Hofmann (1989), p. 165, Lange (1990), p. 541, p. 583, p. 673-674, Droste (1994), p. 125-126. Eenzelfde gecombineerde afweging geldt naar Engels recht; zie s. 2 (1) Civil Liability (Contribution) Act 1978 waarover W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 14e druk Londen 1994, p. 628 en Goff en Jones (1993), p. 326. Zie voorts de overzichten bij Weir (1976), § 12-132 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-74.

159 Welke functie de afweging van 'Verschulden' exact heeft, is niet geheel duidelijk. Zie W. Dunz, NJW 1964, p. 2133-2134; vgl. Venzmer (1960), p. 134. Sommigen menen dat de mate van 'Verursachung' haadloos overloopt in de mate van 'Verschulden'. Aldus Larenz I, p. 549-550 (m.n. nt. 35); zie ook Lange (1990), p. 612 nt. 474. Voor dat standpunt is steun te vinden in een aantal uitspraken van het BGH. Zie Lange (1990), p. 608 nt. 457. Zie ook BGH 18-10-1957, VersR 1957, p. 800. Een enkele schrijver acht de mate van 'Verschulden' de enige relevante afwegingsmaatstaf. Zie m.n. Rother (1965), p. 45 e.v. en Rother (1983), p. 793 e.v. Vgl. ook nog Wagenfeld (1972), p. 188 en de bij Meier (1936), p. 54 genoemde oudere schrijvers. Zie ook nog BGH 18-5-1955, VersR 1955, p. 627, waarin wordt overwogen dat de mate van 'Verschulden' in de praktijk veelal maatgevend zal zijn voor de draaglastverdeling. Zo ook Steinbeis (1974), p. 145. Andere schrijvers plaatsen het 'Verschulden' binnen het kader van de 'Umstände' die boven de veroorzakingsaandelen vooreerst bepalend zijn voor de verdeling van de draaglast; zie RGRK § 254 rdnr. 18-19, Meier (1936), p. 50-51, p. 62 en Weitnauer (1978), p. 506.

ongeacht de uitkomst van de causale afweging. Er kan dus niet gesproken worden van een hiërarchische verhouding tussen 'Verursachung' en 'Verschulden'.¹⁶⁰

Waarop ziet toetsing van 'Verschulden'? Het Duitse recht kent een vergelijkbare drietrapsraket als in ons recht wordt gehanteerd: gewone schuld, grove schuld en opzet.¹⁶¹ Tussen die twee laatste categorieën in zweeft bij ons waarschijnlijk de 'bewuste roekeloosheid'. Bij hoofdelijkheid tussen twee mededaders die elk een gelijke mate van 'Verschulden' valt te verwijten, wordt wel een gelijke draagplicht aangenomen,¹⁶² ook als de mededaders elk 'Vorsatz' verweten kan worden.¹⁶³ Valt de ene aansprakelijke echter 'grobe Fahrlässigkeit' te verwijten, terwijl de ander slechts uit 'gewone' 'Fahrlässigkeit' aansprakelijk is, dan – zo wordt wel verdedigd – dient de eerste in ieder geval meer dan de helft van de schade te dragen. De exacte omvang van de draagplicht hangt in die zienswijze van de omstandigheden af, aangezien die ook bepalend zijn voor de waardering van de wederzijdse maten van 'Verschulden'.¹⁶⁴ Het Duitse BGH heeft inderdaad wel eens beslist dat de persoon die 'Vorsatz' te verwijten valt, geheel draagplichtig is in verhouding tot degene die slechts 'Fahrlässig' was.¹⁶⁵ Er is echter geen sprake van een vaste verdeelsleutel.¹⁶⁶ In de eerste plaats omdat zich omstandigheden laten denken waarin een dergelijke verdeling niet juist wordt geacht;¹⁶⁷ in de tweede plaats omdat de mate van 'Verschulden' in samenhang moet worden gezien met de mate van 'Verursachung'.

¹⁶⁰ Zie over e.e.a. Soergel § 254 rdnr. 112, Münch. Komm. § 254 rdnr. 61, Venzmer (1960), p. 134, Rother (1965), p. 45, A.J.O. van Wassenae van Catwijck, *Eigen schuld*, diss. Leiden 1971, p. 243, Hofmann (1989), p. 345, Lange (1990), p. 608, p. 612, p. 674 en Fikentscher (1997), rdnr. 571. Vgl. echter ook Wochner (1972), p. 154, die de afweging van 'Verschulden' beschouwt als 'correctie' op de 'Erstereignisse' die op grond van de afweging van 'Verursachung' verkregen zijn. In dezelfde zin OLG Saarbrücken 21-5-1969, OLGZ 1970, 9.

¹⁶¹ Zie Palandt § 276 rdnr. 10, rdnr. 14, Wochner (1972), p. 170 e.v.

¹⁶² Palandt § 254 rdnr. 54, Soergel § 254 rdnr. 117.

¹⁶³ Zie Schulz (1907), p. 48; vgl. Meier (1936), p. 87, p. 94. Münch. Komm. § 426 rdnr. 7a lijkt te kiezen (met onjuist beroep op BGH 31-1-1978, BGHZ 70, 277) voor verdeling volgens de hoofdregel van § 254 BGB. Zie ook nog Brambring (1973), p. 55. Naar 'common law' werd en wordt – zoals ook voor het gemene Romeinse recht werd aangenomen – de mogelijkheid van regres tussen opzettelijk handelende mededaders uitgesloten geacht. Zie bijv. Von Savigny (1851), p. 253, Meier (1936), p. 22, p. 86 e.v. en Weir (1976), § 12-117. In art. 6.3.4 lid 1 ontwerp Meijers kon nog worden gelezen: 'Tegenover hen, aan wie kan worden toegerekend dat zij de schade opzettelijk onrechtmatig hebben toegebracht, zijn de overige aansprakelijke personen niet tot een bijdrage verplicht'. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 354 en De Kok (1965), p. 63. Deze op de 'clean hands' idee gestoelde 'non-contribution' regel is door het driemanschap geschrapt.

¹⁶⁴ Meier (1936), p. 65-72.

¹⁶⁵ BGH 6-12-1983, NJW 1984, p. 921, Soergel § 254 rdnr. 116, Münch. Komm. § 254 rdnr. 62, Larenz II-2 p. 583-584, Meier (1936), p. 72 e.v. (met veelvuldig beroep op de 'Billigkeit' en de mening van de 'einfacher Mann'), Venzmer (1960), p. 172, Lange (1990), p. 612, p. 617. Zie BGH 14-7-1970, BGHZ 54, 256, voor de volledige draagplicht van een aansprakelijke die grove schuld valt te verwijten, in zijn verhouding tot een 'slechts' uit 'Betriebsgefahr' aansprakelijke.

¹⁶⁶ BGH 23-2-1967, BGHZ 47, 110; zie RGRK § 254 rdnr. 20.

¹⁶⁷ Zie voor voorbeelden BGH 6-12-1983, NJW 1984, p. 921.

In het geval van samenloop van risico-aansprakelijkheid met schuld-aansprakelijkheid is niet ondenkbaar dat de aansprakelijke die 'Verschulden' valt te verwijten, volledig draagplichtig is.¹⁶⁸ Noodzakelijk is dit echter niet. Uit de rechtspraak zijn namelijk gevallen bekend waarin de schuldaansprakelijke weliswaar een aanzienlijk deel, maar niettemin niet de gehele schade diende te dragen in zijn verhouding tot de risico-aansprakelijke.¹⁶⁹

Wat betekent dit alles voor ons recht? Gangbare opvatting is dat de mate van verwijtbaarheid een rol kan spelen in het kader van de concrete billijkheidscorrectie van art. 6:102 BW. En hoewel dus naar Duits recht 'Verursachung' eenzelfde rang toekomt als aan 'Verschulden', behoeven concrete verdelingen tussen hoofdelijke debiteuren in beide rechtssystemen niet te verschillen. Niet in de laatste plaats overigens omdat ook in ons recht de mate van verwijtbaarheid al impliciet is gewogen, namelijk in het kader van de gevaarverhogingsbijdrage. De maten van verwijtbaarheid en gevaarverhoging zijn immers vrijwel altijd aan elkaar gerelateerd.¹⁷⁰

Voor het Duitse recht wordt een rekenkundige weging van 'Verursachung' en 'Verschulden' voorgesteld. De vraag rijst of een dergelijke mathematische mix ook voor ons recht relevant is; men kan in theorie immers de weging van de veroorzakingsbijdrage (beter: gevaarverhogingsbijdrage) tegenover de mate van verwijtbaarheid zuiver rekenkundig benaderen. In Duitsland verschillen de uitkomsten van deze weging overigens nogal: indien de 'Verursachung' door beide aansprakelijken gelijk is (*elk 50%*) en het 'Verschulden' van een van beiden twee maal zo groot is als dat van de ander ($1:2 = 33\% \text{ en } 67\%$), kan ervoor worden gekozen om de verdeling ofwel naar rato van het 'Verschulden' $1:2$ te maken, ofwel in evenredigheid met de afweging van 'Verursachung' en 'Verschulden' $41,5\%$ en $58,5\%$ ($[50+33]/200$ en $[50+67]/200$). Dit maakt nogal verschil. Beschouwt men – zoals de heersende leer¹⁷¹ – de afweging van 'Verursachung' en 'Verschulden' als gelijkwaardige grootheden die altijd na elkaar getoetst moeten worden, dan is de tweede uitkomst de juiste. Beschouwt men daarentegen de 'Verursachung' als de primaire toets en 'Verschulden' als doorslaggevend correctief, dan lijkt de

168 Vgl. bijv. BGH 18-5-1955, VersR 1955, p. 627. Zie Hofmann (1989), p. 346. Vgl. Wagenfeld (1972), p. 185, p. 187.

169 Münch. Komm. § 254 rdnr. 65; Lange (1990), p. 620-621. Blijkbaar anders: Giemulla (1988), p. 146.

170 Zie HR 2-6-1995, NJ 1997, 700 (Klaverblad/IZA) r.ov. 3.7, en daarover Jac. Hijma, AAe 1996, p. 40; vgl. T. Hartlief, R.P.J.L. Tjittes, NTBR 1996, p. 31 e.v. Voor Duitsland zie men bijv. BGH 18-10-1957, VersR 1957, p. 800. Vgl. in dezelfde zin BGH 20-1-1954, BGHZ 12, 124 en BGH 14-7-1970, BGHZ 54, 256. Vgl. Klauser (1962), p. 373, De Kok (1965), p. 61-62, Habermeier (1968), p. 97 en Rother (1983), p. 798.

171 Zie nt. 160.

eerste uitkomst voor de hand te liggen.¹⁷² Dit zou dus voor Nederland – gegeven de bewoordingen en strekking van de wet – de juiste oplossing zijn.¹⁷³ Is men van mening dat ‘Verursachung’ en ‘Verschulden’ vloeiend in elkaar overlopen, dan zal een uitsplitsing van beide elementen niet plaatsvinden en komt men aan het combineren niet toe.¹⁷⁴ Is men tenslotte van mening dat alleen naar de mate van ‘Verschulden’ moet worden gekeken, dan zal de vaststelling van de draagplicht – ook bij ongelijke veroorzakingsaandelen – slechts naar rato van ‘Verschulden’ plaatsvinden. In de Duitse rechtspraak is de kwestie nog niet beslist; in de Nederlandse rechtspraak zal men een dergelijke benadering niet snel aantreffen. In rechterlijke uitspraken worden veroorzakingsbijdragen en maten van verwijtbaarheid niet in gescheiden getallen uitgedrukt. Slechts de einduitkomst van de weging wordt, soms met een min of meer redengevende motivering, vastgelegd. En ook al zou de weging zo exact plaatsvinden als in het rekenvoorbeeld, dan zou al snel duidelijk worden dat getallen slechts schijnzekerheid geven. Belangrijker dan de getallen is immers het verschaffen van inzicht in de totstandkoming van die getallen. Daar zou de rechtspraak in de eerste plaats op gericht moeten zijn. De Hoge Raad stimuleert dit overigens niet, nu hij meent dat de weging als hierbedoeld een goeddeels intuïtieve rechterlijke bezigheid is die geen motivering behoeft.¹⁷⁵

4.5.4.4 van borgtocht naar zaakwaarneming

Men zou als uitgangspunt kunnen aanvaarden dat de persoon die zich mede verbindt met een ander voor ‘de schuld’ van deze ander, geheel vrij is van draagplicht. Bij de borgtocht ziet men dit uitgangspunt verwoord in art. 7:866 BW. Hoe groot is nu het werkingsbereik van deze bepaling? Allereerst kan worden vastgesteld dat in de opvatting van de wetgever steeds sprake is van borgtocht als de borg zich jegens de crediteur verbindt tot ‘nakoming van een verbintenis van een derde’ (art. 7:850 BW).¹⁷⁶ De wetgever stond derhalve een ruim werkingsbereik van de borgtocht voor ogen; in werkelijkheid zal het afhangen van de uitleg van de handelingen tussen ‘borg’ en hoofdschuldenaar of sprake is van borgtocht. Hoe dit ook zij, art. 7:866 BW lijkt een simpele regresregel te geven die – al dan niet overeenkomstig – kan worden toegepast op een verscheidenheid aan verbintenissen

172 Zie over beide meningen Lange (1990), p. 612, p. 619.

173 Aldus ook C.J.H. Brunner, nt. sub 3 onder HR 2-6-1995, NJ 1997, 702 (Van Keulen/Trias). In deze richting lijkt ook HR 8-12-1989, NJ 1990, 778 nt. CJHB (Vrieling/Rürode) te wijzen. Blijkbaar anders: Jac. Hijma, WPNR 6216 (1996), p. 200.

174 Zie nt. 159.

175 Zie nt. 144.

176 Parl. Gesch. Boek 7, p. 426. Zie Blomkwist (1998), p. 5 e.v.; vgl. Van Buchem-Spapens (1982), p. 25.

waarbij de ene persoon 'zich sterk maakt voor' of zich 'hoofdelijk verbindt met' een andere persoon.

Bij deze regresregel dient mijns inziens het volgende te worden aangetekend. In de eerste plaats is de regel van art. 7:866 een restregel; volgt uit de rechtsverhouding van 'borg' en hoofdschuldenaar een andere draagplicht, dan gaat die voor.¹⁷⁷ Bovendien moet de regresregel van art. 7:866 worden gerelativeerd voor die gevallen waarin een rechtsverhouding ogenschijnlijk ontbreekt. Ligt het voor de hand dat aan elke willekeurige persoon die zich, buiten mijn weten om, sterk maakt voor de nakoming van mijn schulden, zondermeer een regresrecht toekomt als deze mijn (en dus zijn) schulden voldoet?¹⁷⁸ Begrenzing van een dergelijk regres zou kunnen worden gevonden door een toets aan te leggen van het zaakwaarnemingstype: alleen als de 'borg' zich op redelijke grond met het belang van de hoofdschuldenaar inliet, is plaats voor een regresrecht.¹⁷⁹ Mijns inziens verdient het aanbeveling om deze toets ook steeds aan te leggen bij de gevallen die zondermeer onder art. 7:866 vallen. Veel praktische bezwaren kleven hier mijns inziens niet aan, omdat een borg zich in de meeste gevallen tegenover de crediteur verbindt op verzoek van de hoofdschuldenaar of op grond van een specifieke (contractuele) verplichting jegens deze.

Concluderend kan dus – beter – worden gezegd dat als uitgangspunt kan worden aanvaard dat de persoon die zich op redelijke gronden in het belang van een ander met die ander mede verbindt geheel vrij van draagplicht is.¹⁸⁰ Daarbij zij aangetekend dat dit uitgangspunt wijkt zodra uit de rechtsverhouding van 'borg' en hoofdschuldenaar een andere verdeling volgt.

4.5.4.5 de wettelijke 'borg': het extra loket

Het idee dat bepaalde hoofdelijke debiteuren niet anders dan een 'extra loket' zijn waar de crediteur zijn vordering kan incasseren, en dat de verbintenissen van deze debiteuren geen andere strekking hebben dan het vergemakkelijken van het verhaal van de crediteur, komt in veel wetsbepalingen tot uitdrukking. Vaak voorziet de wet het 'extra loket' in dergelijke gevallen van een regresrecht voor de gehele verbintenis,¹⁸¹ maar soms zwijgt de wet. Voor de Hoge Raad is het zonneklaar dat ook dan regres mogelijk is. Zo moest hij oordelen over een geval waarin een WAM-verzekering beëindigd was. Op grond van art. 13 WAM staat de verzekeraar in

177 Vgl. W. Hadding, Bürgschaft und Garantie, in: Bundesministerium der Justiz (red.), *Gutachten und Vorschläge zur Überarbeitung des Schuldrechts*, Keulen 1983, Bd. 3, p. 648-649, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 137 en H.C.F. Schoordijk, RM Themis 1967, p. 114-115.

178 Waarschijnlijk in bevestigende zin H.C.F. Schoordijk, RM Themis 1967, p. 115.

179 Vgl. H.C.F. Schoordijk, RM Themis 1967, p. 148.

180 Vgl. art. 1331 BW (oud); zie ook Friedmann en Cohen (1991b), § 11-73.

181 Zie bijv. art. 15 en 27 WAM, art. 55 e.v. Inv.W., art. 16f-h CSV.

dat geval tot zestien dagen na beëindiging van de verzekering bloot aan aansprakelijkheid jegens eventuele benadeelden voor ongevallen die zich in die periode met het voertuig voordoen. Het voertuig in kwestie raakte inderdaad betrokken bij een ongeval; de WAM-verzekeraar vergoedde de schade van de benadeelde en trachtte vervolgens regres te nemen op de aansprakelijke bestuurder. De WAM bepaalde destijds niets over de mogelijkheid van een dergelijk regres.¹⁸² De Hoge Raad was evenwel van mening dat de zestien dagen 'extra dekking' slechts ter bescherming van benadeelden in het leven is geroepen en niet de verzekerde beoogt te beschermen, en

'dat dan ook moet worden aangenomen dat de wetgever, hoewel hij heeft nagelaten het regres van de verzekeraar op de voor het ongeval aansprakelijke personen voor de gevallen bedoeld in art. 13, lid 4, uitdrukkelijk te regelen, aan de verzekeraar die op grond van dit wetsvoorschrift jegens de benadeelde aansprakelijk is, in overeenstemming met het rechtsbeginsel dat ten grondslag ligt aan de artt. 1331 en 1876 B.W., een zelfde verhaalsrecht tegen de aansprakelijke personen heeft toegedacht, als art. 27, lid 1, eerste zin, voor een vergelijkbare situatie met zoveel woorden aan het Waarborgfonds Motorverkeer toekent'.¹⁸³

Een soortgelijke beslissing nam de Hoge Raad in een geval van fiscale medeaansprakelijkheid. Het betrof medeaansprakelijkheid van de hoofdaannemer voor afdracht van sociale premies en belastingen door de onderaannemer. De hoofdaannemer was in deze zaak op grond van de wet medeaansprakelijk voor afdracht van de fiscale en premieschulden verschuldigd door de onderaannemer. De vraag kwam aan de orde of de medeaansprakelijke een regresrecht toekwam jegens de premie- en belastingplichtige onderaannemer.¹⁸⁴ De Hoge Raad oordeelt:

'De aard van de betreffende hoofdelijke medeaansprakelijkheid voor de premieschulden die in de onderlinge verhouding tussen Bouwservice en Verkerk in beginsel eerstgenoemde als werkgever van de uitgeleende arbeidskrachten aangingen, brengt mee dat Verkerk voor hetgeen door haar uit hoofde van deze aansprakelijkheid aan de bedrijfsvereniging is voldaan, in beginsel regres op Bouwservice heeft, zodat Verkerk voor de te dier zake door haar eventueel

182 Zie inmiddels art. 15 WAM, waarover uitgebreid Robben, a.w. (hoofdstuk 2, nt. 129), p. 256-258.

183 HR 10-10-1975, NJ 1976, 175 nt. ARB (Van der Kleij/Interpolis).

184 Overigens kan er nauwelijks twijfel over bestaan dat de wetgever regres van de medeaansprakelijke op de belastingschuldige mogelijk acht; zie immers de bewoordingen van art. 55 e.v. Inv.W. resp. art. 16f-h CSV. Vgl. Heijmans en Raaijmakers, a.w. (hoofdstuk 2, nt. 101), p. 146-150, A-G Koopmans, concl. voor HR 18-12-1992, NJ 1993, 734 nt. PvS (Harko BV/Groen-Kelderman q.q.) en Wezeman (1998), p. 261 e.v.

betaalde bedragen een tegenvordering heeft, die op de voet van art. 53 Fw voor verrekening met de vordering van de curator in aanmerking komt'.¹⁸⁵

In beide arresten wordt de regresgedachte toegepast, die ook aan art. 7:866 BW ten grondslag ligt.¹⁸⁶ Dit beginsel is dat wanneer aansprakelijkheid van een debiteur slechts tot meerdere zekerheid strekt van betaling door een andere debiteur, de draagplicht dan uiteraard rust op die ander.¹⁸⁷ Op zichzelf is dit een uitgangspunt dat toegejuicht kan worden, maar toepassing ervan in concrete gevallen vergt wel een nauwgezette bestudering van de strekking van de aansprakelijkheid op grond waarvan de 'borg' betaalt, teneinde vast te stellen dat inderdaad slechts sprake is van een 'extra loket'. Een belangrijke – zij het niet doorslaggevende – aanwijzing daarvoor kan bijvoorbeeld zijn gelegen in de subsidiaire aard van de betreffende mede-aansprakelijkheid; deze leidt er immers toe dat de crediteur zich eerst tot de hoofdschuldenaar dient te wenden en zich pas tot de subsidiair aansprakelijke kan wenden als de eerste in gebreke blijft met betaling.¹⁸⁸

4.5.4.6 *verrijking en profijt: lusten en lasten*

Zou het bestaan van een regresrecht jegens de draagplichtige debiteur worden ontkend, dan zou deze de lasten van de hoofdelijk verschuldigde prestatie slechts dan daadwerkelijk dragen wanneer de crediteur hem met succes tot het verrichten van de prestatie aanspreekt. In alle andere gevallen zou de draagplichtige zijn lot ontlopen, hetgeen onmiskenbaar een vermogensrechtelijke verrijking zou zijn. Veelal zal die verrijking ten koste van een van de andere debiteuren worden genoten. In deze sleutel geplaatst geschiedt toekenning van een regresrecht aan deze andere debiteur teneinde de ongerechtvaardigde verrijking van de draagplichtige te redresseren, zo concludeerde ik reeds in paragraaf 4.3. Zie ook paragraaf 4.5.1.

Het begrip verrijking kan ook in minder abstracte zin worden begrepen; zo wordt in veel gevallen het vermogensrechtelijk *profijt*¹⁸⁹ dat een van de hoofdelijke debiteuren direct of indirect geniet in verband met de (handeling die leidt tot) hoofdelijkheid als grond aangevoerd voor de – al dan niet gehele – draagplichtigheid

185 HR 28-6-1991, NJ 1992, 787 nt. CHJB (Aannemingsbedrijf Verkerk BV/Van der Veen q.q.). Vgl. HR 18-12-1992, NJ 1993, 734 nt. PvS (Harko BV/Groen-Kelderman q.q.).

186 Zie ook de noot van Bloembergen onder HR 10-10-1975, NJ 1976, 175.

187 Zie daarover Friedmann en Cohen (1991b), § 11-77.

188 Zie de gevallen genoemd in par. 2.5.2.

189 In dit verband wordt soms ook op 'profijt' gedoeld wanneer wordt gesproken van het 'belang' dat een van de debiteuren bij de hoofdelijkheid heeft. Zie Friedmann en Cohen (1991b), § 11-73.

van de betreffende debiteur.¹⁹⁰ Zo is de draagplicht van echtelieden voor hoofdelijke gemeenschapsschulden ter gelegenheid van de verdeling bij helfte¹⁹¹ van de ontbonden huwelijksgemeenschap in beginsel gelijkelijk.¹⁹² De gelijke aandelen in de gemeenschap brengen een in beginsel gelijke draagplicht met zich.¹⁹³

Ook afgezien van de gerechtigdheid tot de gemeenschap kan het profijt van de echtelieden in verband met een bepaalde hoofdelijke verbintenis als regresmaatstaf dienen. Uit de rechtspraak hierover is het geval bekend van de echtelieden Beck en Verduin.¹⁹⁴ Beck is eigenares van een huis, dat buiten gemeenschap is gebleven; het huis wordt gefinancierd met een hypothecaire lening waarvoor Beck en Verduin zich hoofdelijk verbinden. Als partijen scheiden en Beck de lening aflost, vordert zij bij wijze van regres de helft van het betaalde bedrag van Verduin. De Hoge Raad beslist dat Verduin niet draagplichtig is:

‘(...) dat toch het antwoord op de vraag, wien van twee of meer hoofdelijk verbonden schuldenaren de zaak aangaat, hiervan afhangt, aan wien van die schuldenaren overeenkomstig hun bedoeling, de tegenwaarde van hun hoofdelijke schuld ten goede is gekomen;

dat indien, zooals hier is gesteld, deze tegenwaarde, zijnde het geleende bedrag, overeenkomstig de bestemming daaraan door de medeschuldenaren gegeven, uitsluitend het vermogen van één hunner, Beck, ten goede is gekomen, dit medebrengt, dat ook dit vermogen in de verhouding der schuldenaren onderling, alleen de last der schuld zal moeten dragen, waarmede zich voordoet het in art. 1331 voorziene geval;

dat hieraan niets kan veranderen de omstandigheid, dat door een medeschuldenaar uit dit vermogen van den schuldenaar, die de tegenwaarde

190 Parl. Gesch. Boek 6, p. 108, p. 355, Van Weel (1863), p. 300, Wolfsbergen, a.w. (nt. 86), p. 251, Castermans, t.a.p. (nt. 101), p. 196 e.v. Vgl. H.L. Drucker, RM 1890, p. 593. Zo is in de Duitse literatuur de draagplicht van werkgevers ten opzichte van hun werknemers wel beredeneerd met een beroep op de ‘profijtgedachte’. De werkgever heeft profijt van de diensten die de werknemer verricht; de daartegenover staande lasten moet hij dan ook dragen. Zie Mohr (1970), p. 46-47 en Hübner (1974), p. 131.

191 Zie art. 1:100 j° 3:166 lid 2 BW. Een afwijkende verdeling kan uit huwelijkse voorwaarden (zie art. 1:122 BW) of echtscheidingsconvenant (art. 1:100 BW) voortvloeien.

192 HR 25-6-1993, NJ 1994, 31 nt. WMK; Asser-De Boer, *Personen- en familierecht*, 15e druk Deventer 1998, nr. 365. Voor de gemeenschapsschulden die ontstaan na ontbinding van de huwelijksgemeenschap, kan in afwijking hiervan de mate van profijt als regresmaatstaf dienen. Zie HR 11-3-1977, NJ 1978, 98 nt. EAAL. Voorheen bepaalde art. 1:102 lid 2 expliciet dat de echtgenoot die een gemeenschapsschuld voor meer dan de helft voldeed, voor dat meerdere verhaal had jegens de andere echtgenoot. Bij invoering van het nieuwe vermogensrecht is deze bepaling geschrapt, omdat dit verhaal thans gegrond zou kunnen worden op art. 6:10 (j° 1:100 j° 3:166 lid 2). Zie Parl. Gesch. Wijziging BW, p. 64. Onder omstandigheden kan een gelijke draagplicht naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zijn; in dergelijke gevallen dient van de hoofdregel te worden afgeweken. Zie HR 25-6-1993, NJ 1994, 31 nt. WMK.

193 Uitzonderingen zijn denkbaar; zie nt. 192.

194 HR 21-11-1946, NJ 1947, 24 nt. EMM (Verduin/Beck).

der schuld verwierf, voordeel wordt genoten in dien zin, dat de vruchten van het met deze tegenwaarde verworven goed mede te zijnen bate komen;

dat deze omstandigheid ten hoogste een zelfstandigen grond voor onderlinge verrekening van dat voordeel tusschen de medeschuldenaren kan opleveren, iets wat echter in het onderhavige geval door de tusschen de medeschuldenaren bestaande gemeenschap van vruchten en inkomsten is uitgesloten, althans voor wat betreft het den man toekomend genot van de helft van de vruchten en inkomsten van het vermogen van de vrouw'.

Deze uitspraak komt er kort gezegd op neer dat de echtgenoot aan wie de economische tegenwaarde van de hoofdelijk verschuldigde geldlening toekomt, in zoverre tevens draagplichtig is.¹⁹⁵ Deze overweging ligt ook ten grondslag aan een latere uitspraak van de Hoge Raad, waarin werd bepaald

'dat een gemeenschappelijke schuld die (...) verband houdt met het genot van een onroerend goed, van de datum van de ontbinding van de gemeenschap af wordt gedragen door diegene van de echtgenoten die het genot van dat goed heeft gehad'.¹⁹⁶

De hierbedoelde 'profijtgedachte' lijkt ook toepassing te vinden bij de draagplicht van hoofdelijk aansprakelijke maten: de grootte van het aandeel van een maat in de winsten van de maatschapsactiviteiten bepaalt ook de omvang van het aandeel in de verliezen, en dus ook de draagplicht voor hoofdelijke schulden.¹⁹⁷ Zelfs tussen maten enerzijds en een derde-debiteur, die zich met de maten hoofdelijk borg stelt voor nakoming van de verbintenissen van de maatschap, zou het – behoudens contra-indicaties – voor de hand liggen de maten als zijnde 'nauwer betrokken' bij het draagplichtige maatschapsvermogen geheel draagplichtig te achten in hun

195 Vgl. De Kok (1965), p. 108-109, Birks, a.w. (nt. 30), p. 192 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-73. Zie ook voor het omgekeerde geval (t.w. dat degene die de lasten draagt in de regel ook gerechtigd zal zijn tot het daartegenoverstaande profijt): HR 18-2-1994, NJ 1994, 463 nt. WMK.

196 HR 11-3-1977, NJ 1978, 98 nt. EAAL. Vergelijkbare overwegingen liggen aan Duitse rechtspraak ten grondslag; in deze rechtspraak wordt de 'profijtgedachte' veelal gepresenteerd als een logische grond voor toedeling van lasten, die uit de 'Natur der Sache' voortvloeit. Zie BGH 22-2-1967, BGHZ 47, 147, BGH 24-3-1980, BGHZ 77, 55, BGH 12-7-1982, BGHZ 84, 388, BGH 17-5-1983, BGHZ 87, 265, BGH 10-11-1983, NJW 1984, p. 482, BGH 7-11-1985, NJW 1986, p. 1491, BGH 23-10-1986, NJW 1987, p. 374. Vgl. KG 27-11-1973, NJW 1974, p. 1560. Zie ook Erman § 426 rdnr. 17a, Soergel § 426 rdnr. 24 en Münch. Komm. § 426 rdnr. 7.

197 Zie Van Buchem-Spapens (1982), p. 21; vgl. Asser-Maeijer, 5-V, *Bijzondere overeenkomsten*, 6e druk Zwolle 1995, nr. 115, 143 en voor Duits recht § 722 BGB, waarover BGH 2-7-1962, BGHZ 37, 299. Overigens ontstaat bij de maatschap – anders dan bij de vof (zie art. 18 K.) – in de regel slechts hoofdelijkheid als de maten door een hunner bevoegdelyk worden vertegenwoordigd.

verhouding tot de derde-debiteur. Het zijn immers de maten die rechtstreeks de vruchten plukken van de medeborgstelling door de derde.¹⁹⁸

Een vergelijkbare 'profijtgedachte' lijkt te kunnen worden toegepast wanneer het de draagplicht van concernmaatschappijen betreft die zich hoofdelijk hebben verbonden voor de kredieten die zijn verstrekt aan één van deze maatschappijen.¹⁹⁹ Men kan voorts denken aan de verdragsregeling in het internationaal wegvervoerrecht, die in bepaalde gevallen de draagplicht van hoofdelijk aansprakelijke vervoerders relateert aan de omvang van vracht die zij elk hadden bedongen.²⁰⁰

4.5.4.7 draagplicht naar rato van het aansprakelijkheidsrisico

De prestatie die hoofdelijke debiteuren zijn verschuldigd, kan wat betreft aard wel gelijk zijn, maar qua omvang ongelijk. Dat doet zich bijvoorbeeld voor als twee personen borg staan voor de schulden van dezelfde hoofdschuldenaar, maar elk tot een verschillend bedrag. Als regel zijn borgen in hun verhouding tot de hoofdschuldenaar geheel vrij van draagplicht, en in hun onderlinge verhouding zijn ze dus gelijkelijk 'ondraagplichtig'. De vraag is hoe men in dergelijke gevallen, waarin de omvang van de aansprakelijkheid verschilt, de draagplicht van de debiteuren berekent.²⁰¹ Laten we bij het voorbeeld blijven van de omslag onder borgen.²⁰² Hebben twee personen zich gelijkelijk borg gesteld voor nakoming van een schuld van f 100,-, dan lopen zij gelijkelijk risico om tot betaling van f 100,- te worden aangeproken. Zij zullen in de regel in hun onderlinge verhouding – behoudens andersluidende afspraak – gelijkelijk draagplichtig zijn ingeval de hoofdschuldenaar geen verhaal biedt.²⁰³ Toepassing van deze verdeling naar rato

198 Zie Schlechtriem (1978), p. 1026, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 62-63 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-73. Vgl. ook nog art. 56 Inv.W., dat mede-aansprakelijke derden in voorkomende gevallen geheel vrij van draagplicht acht in verhouding tot de aansprakelijke bestuurders van de belastingschuldige rechtspersoon. Daarover Heijmans en Raaijmakers, a.w. (hoofdstuk 2, nt. 101), p. 55-56.

199 Daarover zie men uitgebreid, met nadere verwijzingen, W.J. Oostwouder, *Management buy-out*, diss. Rotterdam 1996, p. 332 e.v.

200 Zie art. 37 sub b en c CMR; vgl. § 432 lid 3 HGB.

201 Voor het in par. 2.5.1 behandelde geval van art. 1:102 volgt uit art. 1:100 j° 3:166 lid 2 BW een gelijke draagplicht, berekend over de door de volledig aansprakelijke echtgenoot verschuldigde prestatie. Zie Parl. Gesch. Wijziging BW, p. 64.

202 Het betreft omslag voor het geval de hoofdschuldenaar geen verhaal biedt. In verhouding tot de borgen is immers de hoofdschuldenaar de draagplichtige debiteur; een verdeling tussen de borgen onderling komt dan aan de orde wanneer verhaal op de hoofdschuldenaar niet mogelijk blijkt. Zie Blomkwist (1998), p. 63-64. Voor mijn betoog is dit onderscheid zonder belang.

203 Soergel § 426 rndr. 25. Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-76. Een andere verdeling kan voortvloeien uit overeenkomst tussen de borgen of uit de 'Natur der Sache'; zie BGH 14-7-1983, BGHZ 88, 185 en BGH 10-11-1983, NJW 1984, p. 482. Niet geheel duidelijk is in welke gevallen zich dat laatste zich voordoet. De enkele omstandigheid dat een van de borgen exclusief profijt heeft gehad van de tegenprestatie waarvoor borg is gesteld, is niet altijd voldoende reden om een afwijkende draaglastverdeling aan te nemen; zie BGH 10-11-1983, NJW 1984, p. 482. Zie

van het aantal borgen is niet moeilijk als de borgen voor eenzelfde bedrag borg staan; lastiger wordt het als de bedragen verschillen. Stel dat de ene borg voor f 75,- en de ander voor f 50,- borg staat, dan strekt de hoofdelijkheid zich uit over een bedrag van f 50,-.²⁰⁴ Hoe is de draagplicht van de borgen voor wat betreft dit bedrag? Men zou een 'Kopfteilen' verdeling kunnen maken: van het hoofdelijk verschuldigde bedrag f 50,- draagt elke borg de helft. Dat weerspiegelt evenwel niet de relatieve omvang van de risico's die de borgen liepen; die verhouding is immers $50 : 75 = 2 : 3$, terwijl door de gelijke verdeling van f 50,- de uiteindelijke draagplicht is: $25 : (25+25) = 50$, hetgeen overeenkomt met $1 : 2$.

Een gelijke verdeling van het bedrag waarvoor hoofdelijkheid bestaat, weerspiegelt dus niet per se de onderlinge verhouding van de bedragen waarvoor men zich borg had gesteld. Ik acht het om die reden verdedigbaar om geen gelijke verdeling toe te passen. Dat lijkt ook te volgen uit de regeling van draagplicht tussen medeborgen onderling: verdeling moet plaatsvinden in evenredigheid met de bedragen waarvoor ieder jegens de schuldeiser aansprakelijk was.²⁰⁵ Ook de Hoge Raad lijkt de verdeling naar evenredigheid voor te staan: in 1981 besliste de Raad dat

'indien meer personen voor een schuld aansprakelijk zijn of hun goederen voor de schuld hebben verbonden en één hunner, die jegens de anderen draagplichtig is omdat die schuld intern slechts hem aangaat, onvermogen blijkt te zijn, het daardoor voor de anderen ontstane nadeel over deze anderen moet worden omgeslagen naar evenredigheid van de bedragen waarvoor zij door de schuldeiser aangesproken konden worden. (...) Mogelijk is evenwel dat de omstandigheden van het geval in verband met de nog vast te stellen bijzonderheden van de onderlinge verhouding (...) anders meebrengen.'²⁰⁶

Deze verdelingsregel moet mijns inziens worden verstaan zoals hierboven uiteengezet. Door de draagplicht aldus vast te stellen wordt namelijk rekening gehouden met de relatie tussen de verschillende maten van risico, door de bedragen niet geïsoleerd, maar in samenhang te beschouwen.²⁰⁷ Dit alles geldt niet alleen

voor een geval waarin een afwijkende draagplicht wel mogelijk werd geacht BGH 23-10-1986, NJW 1987, p. 374.

204 Aldus ook Palandt § 769 rdnr. 1, Hadding, t.a.p. (nt. 177), p. 660, Selb (1984), p. 96, J. Weitzel, JZ 1985, p. 828. Onduidelijk op dit punt blijft RG 27-2-1913, RGZ 81, 414.

205 Art. 7:869 j° 6:152 BW. Zie ook de (voor meer dan een uitleg vatbare) omschrijving bij Asser-Kleijn (1988), nr. 177.

206 HR 20-11-1981, NJ 1982, 469 nt. CJHB (Zwaal/NMB).

207 In gelijke zin Chitty on Contracts II, § 42-71, Korthals Altes (1933), p. 168-169, losbl. Bijzondere contracten (oud), art. 1881 (Wessels), aant. 5-6. Deze berekeningswijze heeft overigens als voordeel dat de relatieve draagplicht van de borg die voor het laagste bedrag is gebonden, ongewijzigd blijft ook als het resterende bedrag dat door de hoofdschuldenaar onbetaald is gelaten beneden het bedrag daalt waarvoor deze borg aansprakelijk is. Zie daarover Korthals Altes (1933), p. 168-169. Vgl. in afwijkende zin Larenz II-2, p. 17.

voor medeborgen, maar bijvoorbeeld ook voor hoofdelijk aansprakelijke verzekeraars met afwijkende polismaxima.^{208, 209}

4.5.4.8 draagplicht naar draagkracht

Er zijn diverse wettelijke bepalingen die als ratio lijken te hebben dat de persoon die in de regel een grotere financiële draagkracht heeft dan een ander, tevens de draagplichtige is, of algemener en voorzichtiger geformuleerd: die de mogelijkheid bieden om draagplicht af te stemmen op de draagkracht van de betreffende debiteur.²¹⁰ De draagplicht voor de kosten van de echtelijke huishouding is bijvoorbeeld evenredig aan de inkomsten van de echtelieden.²¹¹

Een bekend voorbeeld uit het aansprakelijkheidsrecht is art. 6:170 lid 3 BW, dat de werkgever in verhouding tot de werknemer in beginsel geheel draagplichtig acht in het geval zij samen aansprakelijk zijn voor een fout van de werknemer jegens een derde.²¹² Bij de motieven voor een dergelijke 'verdelende rechtvaardigheid' in het burgerlijk recht neemt het draagkrachtmotief uiteraard een prominente plaats in.²¹³ Dit blijkt ook uit art. 7:661 lid 2 BW, dat contractuele afwijking van art. 6:170 lid 3 toestaat voor zover de werknemer verzekerd is tegen aansprakelijkheid. Een aansprakelijkheidsverzekering schept draagkracht van de werknemer; volledige draagplicht van de werkgever is in die gevallen geen vanzelfsprekende zaak.

208 Zie over de vraag wanneer zich hoofdelijkheid voordoet bij schadeverzekeraars hiervoor par. 2.5.4.1.

209 Zie immers art. 7:17.2.24a NBW, waarop door HR 13-12-1991, NJ 1992, 316 nt. MMM (Korstanje II) is geanticipeerd. Deze bepaling geeft als regresmaatstaf de 'evenredigheid van de bedragen waarvoor een ieder afzonderlijk kan worden aangesproken'; deze maatstaf is dezelfde als die welke in art. 7: 869 j° 6: 152 BW wordt aangelegd. Vgl. § 59 lid 2 VVG, dat de draagplicht berekent in evenredigheid met de bedragen, tot betaling waarvan de verzekeraars tegenover de verzekerde krachtens polis verplicht waren. Zie Pröls-Martin § 59 nr. 1. Verzekeraars kunnen hun onderlinge regresverhouding overigens bij overeenkomst afwijkend regelen. Zie voor voorbeelden Pröls-Martin § 59 nr. 5. Er vindt geen koppeling plaats met de hoogte van de ontvangen premie; vgl. Habermeyer (1968), p. 98. Vgl. voor rekenvoorbeelden Habermeyer (1968), p. 101-102 en Pröls-Martin § 59 nr. 3. Vgl. ook Asser-Clausing-Wansink (1998), nr. 287.

210 Zie bijv. art. 1:84 BW.

211 Art. 1:84 BW. Vgl. BGH 3-11-1983, FamRZ 1984, p. 29 en Soergel § 426 rdnr. 26.

212 Op meer plaatsen heeft de wetgever de werknemer in bescherming genomen. Zie bijv. art. 7: 661 BW alsmede art. 77 lid 3 WAO en art. 83 lid 2 WW (onmogelijkheid van regres door werkgever op werknemer voor naheffing sociale werknemerspremies). Vgl. voorts HR 3-11-1989, NJ 1990, 699 nt. JBMV (Derksen/Scholten) en HR 21-4-1995, NJ 1997, 570 nt. CJHB (Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz BV/Caspers).

213 Zie HR 26-6-1959, NJ 1959, 551 nt. LEHR (De Bont/Zuid Ooster Autobusdiensten). Een mogelijke volgende stap in de rechts(politieke) ontwikkeling zou zijn om de regresregel van art. 6:170 lid 3 BW ook naar buiten toe te laten werken, zodat het risico van insolventie van de werkgever niet op de werknemer maar op de derde zou komen te rusten. In die richting gaan (voorzichtige) pleidooien van A.T. Bolt en J. Spier, Handelingen NJV 1996-I, p. 331-332 en voordien B. Wachter, Zeerecht geboid aan het toekomstige gemene recht, in: *In het nu, wat worden zal* (Schoordijk-bundel), Deventer 1991, p. 309 e.v. Vgl. Verslag vergadering Vereniging Handelsrecht 19 september 1997, *Vervoersrecht in boek 8 BW*, Deventer 1998, p. 23-24.

Buiten specifieke wetsbepalingen die stoelen op de gedachte dat verdeling naar draagkracht moet plaatsvinden, kan ook de rechter komen te staan voor de vraag of hij draagkracht laat meewegen bij de verdeling. De rechter zou bijvoorbeeld in het kader van de billijkheidscorrectie van art. 6:102 j° 101 BW rekening kunnen houden met het feit dat een van beide aansprakelijken verzekerd is.²¹⁴

Een voorbeeld uit de Duitse rechtspraak betrof een werknemer die als bestuurder van een motorrijtuig onder de dekking viel van een *verplichte* aansprakelijkheidsverzekering voor de schade die hij had toegebracht. Aangezien de WAM-verzekeraar uiteindelijk de gevolgen van de eventuele draagplicht van de werknemer zou dragen, werd de werknemer volledig draagplichtig geacht ten opzichte van zijn werkgever.²¹⁵ Eenzelfde oplossing acht ik voor ons recht verdedigbaar, aangezien de hoofdregel van art. 6:170 lid 3 BW voornamelijk stoelt op de gedachte dat de werknemer in de regel niet in staat zal zijn de regreslast te dragen. Als dit in een specifiek geval tengevolge van het bestaan van een verzekeringsdekking anders is, komt mijns inziens in zoverre aan toepassing van art. 6:170 lid 3 de grond te ontvallen.²¹⁶

De billijkheidscorrectie van art. 6:102 j° 101 BW kan in voorkomende gevallen ook worden gebruikt op een wijze die vergelijkbaar is met het rechterlijk matigingsrecht van art. 6:109 BW, bijvoorbeeld wanneer een van de debiteuren een financiële ondergang tegemoet gaat tengevolge van het regres en de regreszoekende debiteur heel wel in staat is de betreffende last te dragen. In de Duitse rechtspraak bijvoorbeeld is een tendens waarneembaar om bij de verdeling van draagplicht tussen werknemer en werkgever rekening te houden met de hoogte van het salaris van de werknemer en daarmee zijn vermogen om schade te dragen: is de schade zo groot dat deze de werknemer onevenredig zwaar zou treffen dan leidt die omstandigheid er al snel toe dat een (aanzienlijk) deel van de schade door de werkgever gedragen dient te worden.²¹⁷

214 Terughoudend over deze invloed van verzekeringen: Klimke (1980), p. 498, Chr. v. Bar, AcP 181 (1981), p. 289 e.v., M. Fuchs, AcP 191 (1991), p. 326, R. Büsken en G. Klüglichs, VersR 1994, p. 1151, Droste (1994), p. 129, Wandt (1994), p. 1439. Onduidelijk: Wagenfeld (1972), p. 186-187. Bijv. BGH 18-12-1979, BGHZ 76, 279, houdt bij bepaling van de omvang van de 'billijkheidsaansprakelijkheid' van § 829 BGB rekening met de omstandigheid dat de aansprakelijke tegen de gevolgen van aansprakelijkheid (onverplicht) is verzekerd.

215 BGH 8-12-1971, NJW 1972, p. 440. Zie Büsken (1986), p. 211-212.

216 Vgl. in deze zin Parl. Gesch. Boek 6, p. 728. Anders T. Hartlief, R.P.J.L. Tjittes, *De invloed van verzekering op de civiele aansprakelijkheid*, preadvies VBR 1990, Lelystad 1990, p. 80.

217 Mohr (1970), p. 49; R. Richardi, NZA 1994, p. 242; Hanau en Rolfs (1994), p. 1441-1442. In dit verband wordt veelal op het grondrecht van ontplooiing van het individu gewezen, op grond waarvan bescherming van de werknemer tegen bestaansbedreigende financiële lasten wordt bepleit; zie BAG-GS 27-9-1994, NJW 1995, p. 210 en Richardi, t.a.p., p. 243-244. Vgl. BGH 10-1-1955, BGHZ 16, 111 en BGH 21-12-1993, VersR 1994, p. 477 (p. 480 l.k.). Anderzijds overweegt BGH 22-2-1971, BGHZ 55, 344 dat 'die Armut' als zodanig niet tot een wijziging van de draaglastverdeling leidt.

4.5.4.9 schadeverzekeraar en schadeveroorzaker

Op grond van art. 284 K. wordt de schadeverzekeraar na uitkering van de verzekeringspenningen gesubrogeerd in de schadevergoedingsrechten van de verzekerde jegens eventuele aansprakelijken. De gangbare opvatting is dat art. 284 K. de exclusieve grondslag is voor het regres van de schadeverzekeraar. In paragraaf 2.5.4.4 verdedigde ik de opvatting dat sprake is van hoofdelijkheid tussen de schadeverzekeraar die tot uitbetaling van de verzekeringspenningen verplicht is, en de persoon die aansprakelijk is voor de desbetreffende schadeveroorzakende gebeurtenis.²¹⁸ In mijn opvatting zou het regres van de schadeverzekeraar derhalve primair door art. 6:10 BW moeten worden beheerst, en zou de subrogatie van art. 284 K. tot niet meer of anders leiden dan de regresversterkende subrogatie van art. 6:12 BW. Deze afwijkende opvatting lijkt onverenigbaar met de heersende leer; deze gaat er namelijk vanuit dat de subrogatie de exclusieve grondslag voor het regres van de schadeverzekeraar is.²¹⁹ Wel leiden beide opvattingen in veel gevallen tot hetzelfde resultaat, aangezien de materiële regresmaatstaf dezelfde is. In beginsel kan de verzekeraar namelijk volledig regres nemen op de aansprakelijke persoon (of personen). Maar de keuze voor het zelfstandige regresrecht van art. 6:10 BW of het gesubrogeerde regresrecht van art. 284 K. kan in een concreet geval wel tot verschillende uitkomsten leiden. Deze verschillen zijn goeddeels terug te voeren op de 'nemo plus'-regel zoals die bij art. 284 K. geldt. Ik zal hier niet uitgebreid mijn pleidooi herhalen voor afschaffing van de subrogatie als regresinstrument; zie daarover uitgebreid paragraaf 4.4.2. Hier kan worden volstaan met enerzijds de wens dat art. 284 K. geschrapt worde ten faveure van de algemene regels van art. 6:10 BW e.v., en anderzijds de vaststelling dat naar geldend recht de regeling van art. 284 K. voorrang toekomt boven die van art. 6:10 BW.

In bepaalde gevallen is regres door de verzekeraar op de aansprakelijke uitgesloten. Zo sluit art. 6:197 BW uit dat regres wordt genomen op bepaalde risico-aansprakelijke personen. Naar komend recht zal voorts regres op gezinsleden van de verzekerde in beginsel onmogelijk zijn (art. 7:17.2.25 NBW). In die gevallen, waarin de wet het regres van de schadeverzekeraar op de aansprakelijke uitsluit, dient steeds te worden nagegaan of daarmee wellicht ook in bredere zin een verdeling van draagplicht is gegeven voor de toepassing van art. 6:10 BW. Is daarvan namelijk sprake, dan is niet alleen de onmogelijkheid van verhaal door de verzekeraar op de aansprakelijke gegeven, maar omgekeerd ook de *mogelijkheid*

²¹⁸ De hoofdelijkheid beperkt zich uiteraard tot het gemeen verschuldigde bedrag.

²¹⁹ Zie voor een uiteenzetting van art. 284 K. Scheltema-Mijnssen, *Algemeen deel van het schadeverzekeringsrecht*, 5e druk Alphen aan den Rijn 1998, p. 260 e.v. en Asser-Clausing-Wansink (1998), 317 e.v.

van verhaal door de aansprakelijke die de benadeelde schadeloos heeft gesteld op de (immers draagplichtige) schadeverzekeraar.

Een dergelijke verdeling van draagplicht treft men mijns inziens aan in art. 7.17.2.25 NBW, dat regres door de schadeverzekeraar op kort gezegd gezinsleden in beginsel uitsluit.²²⁰ In het uitzonderlijke geval dat de benadeelde niet zijn schadeverzekeraar maar het aansprakelijke gezinslid tot vergoeding weet te bewegen, zal het betreffende gezinslid naar mijn mening verhaal kunnen nemen op de (immers draagplichtige) schadeverzekeraar. Aldus beschouwd is de verzekeringsovereenkomst in zekere zin mede in het belang van het aansprakelijke gezinslid gesloten, en fungeert de overeenkomst *de facto* mede als aansprakelijkheidsverzekering.

Een ander voorbeeld biedt naar mijn mening art. 6:197 BW. Ook deze bepaling kan worden gezien als een invulling van de regresmaatstaf van art. 6:10 BW. Art. 6:197 behelst immers een uitzondering op het uitgangspunt dat de risico-aansprakelijke geheel draagplichtig is in verhouding tot de schadeverzekeraar; voor de in art. 6:197 genoemde aansprakelijkheidsgronden geldt namelijk dat integendeel de schadeverzekeraar draagplichtig is. De in art. 6:197 genoemde wetsbepalingen betreffen namelijk nieuwe risico-aansprakelijkheden, die slechts in het nieuwe BW zijn opgenomen in het belang van benadeelden.²²¹ Schadeverzekeraars mogen niet profiteren van deze aansprakelijkheden, zo is de gedachte. Zij mogen dan ook niet profiteren van de toevalligheid dat de benadeelde niet zijn schadeverzekeraar maar de risico-aansprakelijke tot schadevergoeding heeft aangesproken. Door nu art. 6:197 op te vatten als invulling van de regresmaatstaf van art. 6:10 BW, staat in voorkomende gevallen niets in de weg aan een eventuele regresactie van de (risico-)aansprakelijke persoon jegens de schadeverzekeraar van de benadeelde.²²² Voor een dergelijke regresactie is uiteraard geen plaats wanneer de risico-aansprakelijke tevens schuldaansprakelijk is.

220 Zie daarover A. Korthals Altes, WPNR 5819 (1987), p. 117, dezelfde, Kw.ber. NBW 1987, p. 14, T. Hartlief en R.P.J.L. Tjittes, *Verzekering en aansprakelijkheid*, Deventer 1994, p. 77-79, T. Hartlief, in: *Collectivering en institutionalisering van regres: instrumenten voor kostenbeheersing*, uitgave Verbond van Verzekeraars, Den Haag 1996, p. 33-34 en C.C. van Dam, in: *Verzekering naar komend recht*, preadvies Vereeniging Handelsrecht 1995, p. 108 e.v.

221 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1404.

222 Naar Zwitsers recht lijkt de situatie inderdaad aldus te zijn dat de risico-aansprakelijke (vergelijk de bepalingen genoemd in art. 6:197 BW) regres heeft op de schadeverzekeraar van de benadeelde. Zie Friedmann en Cohen (1991b), § 11-88.

4.6 Vrijwarings- en mededelingsplichten

4.6.1 ongeschreven plichten in het algemeen

Hoofdelijke debiteuren staan op grond van art. 6:2 BW (danwel art. 6:248 BW) tot elkaar in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding. Art. 2 is rechtstreeks van toepassing voorzover het betreft de uitoefening van een regresrecht als bedoeld in art. 6:10 lid 1 of een verhaalsrecht als bedoeld in art. 6:10 lid 3; bovendien verklaart art. 6:8 BW voor alle zekerheid art. 6:2 van overeenkomstige toepassing. Voor die gevallen waarin geen eigenlijke regresverbintenis voor de werking van art. 6:2 bestaat, zou art. 6:8 zelfstandige betekenis kunnen hebben.²²³

Een belangrijke functie van art. 6:2 in dit verband is de aanvullende werking:²²⁴ de hoofdelijke debiteuren kunnen jegens elkaar gehouden zijn tot bepaalde handelingen, die niet met zoveel woorden op wet of onderlinge afspraak zijn terug te voeren. De vrijwaringsplicht en de mededelingsplicht, die in de volgende paragrafen aan de orde komen, zijn daar voorbeelden van. Hier kan nog worden genoemd de plicht tot ruggespraak, die in voorkomende gevallen rust op de hoofdelijke debiteur aan wie het aanbod tot afstand als bedoeld in art. 6:9 lid 1 BW wordt gedaan. Mijns inziens moet worden aangenomen dat een debiteur tot wie het bedoelde aanbod wordt gericht, jegens zijn mededebiteuren is gehouden om niet zonder meer tot aanvaarding over te gaan. Een andere debiteur kan er namelijk belang bij hebben zijn schuld te behouden; daarnaast moet worden voorkomen dat hem een ongewild voordeel wordt opgedrongen.

De ongeschreven plicht tot ruggespraak kan uiteraard alleen worden geschonden als de debiteur tot wie het aanbod was gericht, van het bestaan en de identiteit van andere debiteuren op de hoogte was.

4.6.2 vrijwaringsplicht

De redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW eisen in de eerste plaats dat elke hoofdelijke debiteur zijn aandeel in de hoofdelijk verschuldigde prestatie draagt en zijn mededebiteuren niet onnodig belast met de kosten en risico's die zijn gemoeid met het 'voorschieten' van het aandeel dat de desbetreffende debiteur draagplichtig is. In Duitsland spreekt men in dit verband van een 'Befreiungsan-

223 Vgl. Schoordijk (1979), p. 83-84, die de toegevoegde waarde van art. 6:8 BW in twijfel trekt (overigens ook die van art. 6:2 BW). Vgl. ook Polak en Van Mierlo (1998), p. 134.

224 Vgl. over de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid bij hoofdelijkheid J.M.H.P. van Neer-van den Broek, Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *Handelsrecht tussen 'Koophandel' en Nieuw BW*, Deventer 1988, p. 116.

spruch': de debiteuren zijn jegens elkaar verplicht om mee te werken aan de nakoming, opdat geen noodzaak van regres ontstaat.²²⁵ Immers: als elke debiteur het zijne doet aan de nakoming jegens de crediteur, is regres niet nodig. Naar mijn mening moet ook voor ons recht het bestaan van vrijwaringsplichten tussen hoofdelijke debiteuren worden aangenomen.²²⁶ De grondslag hiervoor is gelegen in de redelijkheid en billijkheid van art. 6:2 BW, die debiteuren ertoe verplichten rekening te houden met elkaars gerechtvaardigde belangen.

De hierbedoelde vrijwaringsplicht moet overigens niet worden verward met de schuldenaarszijde van het regresrecht: het regresrecht wordt relevant zodra de debiteur die de prestatie heeft verricht, niet ook de draagplichtige debiteur is, terwijl de vrijwaringsplicht er juist toe strekt dat de draagplichtige debiteur de prestatie verricht opdat helemaal geen regresrecht behoeft te worden ingeroepen.²²⁷ De materieelrechtelijke vrijwaringsplicht vertoont raakvlakken met de procesrechtelijke vrijwaring (art. 68 e.v. Rv.). Op grond van die regeling kan een in rechte tot betaling aangesproken hoofdelijke debiteur zijn mededebiteuren in vrijwaring oproepen.²²⁸ Dit rechtsmiddel strekt er voornamelijk toe alle debiteuren tezamen met de crediteur in hetzelfde geding te betrekken, opdat in het geval van een veroordelend vonnis direct de draagplicht tussen de debiteuren onderling wordt vastgesteld²²⁹ en kosten

225 Zie over de 'Befreiungsanspruch' RG 29-5-1905, RGZ 61, 56, RG 26-4-1912, RGZ 79, 288, BGH 21-11-1953, BGHZ 11, 170, BGH 21-2-1957, BGHZ 23, 361, BGH 22-10-1957, NJW 1958, p. 497 m.nt. H. Lange, BGH 27-6-1961, BGHZ 35, 317, BGH 7-12-1961, NJW 1962, p. 388, BGH 27-2-1964, BGHZ 41, 203, BGH 5-3-1981, NJW 1981, p. 1666, BGH 7-11-1985, NJW 1986, p. 978, BGH 15-5-1986, NJW 1986, p. 3131, BGH 23-10-1986, NJW 1987, p. 374. Zie voorts Münch. Komm. § 426 rdnr. 10, RGRK § 426 rdnr. 11-12, Erman § 426 rdnr. 10, Larenz I, p. 648 nt. 39, Esser-Schmidt (1993), p. 326, p. 329, Raisch (1965), p. 704, Hillenkamp (1966), p. 131, Habermeyer (1968), p. 85, p. 87, Thiele (1968), p. 155, Lumm (1968), p. 159 e.v., Wacke (1970), p. 47, Wagenfeld (1972), p. 42-43, p. 58-59, J.N. Stolterfoht, *Das Erlöschen der Gesamtschuld durch Konfusion*, in: U. Klug e.a., *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht* (Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig), Berlin 1978, p. 243, Jürgens (1988), p. 186, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 66-67, Fikentscher (1997), rdnr. 633, R. Büsken en G. Klüglic, *VersR* 1994, p. 1150. Kritisch over de 'Befreiungsanspruch', vanwege de problematische praktische toepassing: Von Caemmerer (1968), p. 91, B. Prediger, *NJW* 1970, p. 125 e.v. en Prediger (1988), p. 84 e.v.

226 Uitdrukkelijk anders Van Weel (1863), p. 238-239.

227 Vgl. Aubel (1976), p. 25.

228 Diephuis X (1886), p. 178, Asser-Limburg (1905), p. 63, Asser-Van Goudoever (1913), p. 78, Asser-Rutten (1981), p. 96, Asser-Hartkamp I (1996), nr. 105, Hugenholz-Heemskerk, *Hoofddlijnen van Nederlands burgerlijk procesrecht*, 18e druk Den Haag 1996, nr. 140. Van de rechtspraak waarin vrijwaring tussen mededebiteuren (al dan niet uitdrukkelijk) mogelijk werd geacht, noem ik Rb. Arnhem 9-2-1956, VR 1958, 113 nt. R (Zürich/Van de Kraats), Rb. Utrecht 21-10-1960, VR 1964, 144 nt. R (Verwey/Visser), Rb. Rotterdam 30-6-1961, NJ 1961, 533 (NV Arnhemse Verzekering Mij/Christelijke Volksonderwijsschool) en HR 20-11-1981, NJ 1982, 174 nt. WHH (Rollman/Varecza & Van Opzeeland). Vgl. HR 29-12-1995, NJ 1996, 332 (Franzetti/Suikerunie II). Zie ook nog Weir (1976), § 12-137 en G.J. Scholten, onder HR 3-12-1971, NJ 1972, 144 (Groningen & Lloyd/Kerssies).

229 Vgl. bijvoorbeeld Rb. Rotterdam 16-6-1989, TMA 1991, p. 45 (Staat/Van 't Wout, Van der Knaap, Voogt).

en tijd gemoeid met regres, tot een minimum worden beperkt. De materiële vrijwaringsplicht is echter een plicht om mee te werken aan de nakoming jegens de crediteur en staat in zoverre los van de processuele vrijwaring, die veeleer een doelmatig instrument is om een regresrecht te effectueren.

De vrijwaringsplicht brengt met zich dat de draagplichtige debiteur in voorkomende gevallen veroordeeld kan worden tot nakoming van deze plicht,²³⁰ en eventueel gehouden is de kosten en de schade te vergoeden aan de niet-draagplichtige debiteur, die het gevolg zijn van toerekenbaar tekortschieten in de vrijwaringsplicht.²³¹ Overigens vooronderstelt dit wel bekendheid van de vrijwaringsplichtige debiteur met (de aansprakelijkheid van) de andere debiteur en met de omvang van de eigen draagplicht. Ontbreekt deze (objectieve) wetenschap, dan kan mijns inziens van verzaking van enige vrijwaringsplicht geen sprake zijn.²³² In de gevallen waarin deze wetenschap wél bestaat, zal bovendien veelal sprake zijn van een bijzondere rechtsverhouding tussen de debiteuren onderling, waaruit de vrijwaringsplicht ook al voortvloeit. De praktische behoefte aan een algemene vrijwaringsplicht is mede daarom niet groot; bovendien bestaat er voor verhaal van bijkomende kosten op mededebiteuren een uitdrukkelijke regeling in art. 6:10 BW.²³³ Wel kan de vrijwaringsplicht dienen ter verklaring van, of juist als richtlijn bij de toepassing van de bestaande geschreven rechtsplichten van hoofdelijke debiteuren. Zie daarover ook hierna paragraaf 4.7.2.

4.6.3 mededelingsplicht

Het is zonder meer zinvol als de hoofdelijke debiteur die betaalt aan de crediteur, hiervan mededeling doet aan de (hem bekende) overige debiteuren. Deze zijn er dan van op de hoogte dat de prestatie verricht is, dat dientengevolge ook hun verbintenissen teniet zijn gegaan, en dat de crediteur dus geen aanspraken meer geldend kan maken. Een dergelijke mededeling voorkomt dat de crediteur meermalen de verschuldigde prestatie in ontvangst neemt; zij neemt aldus het risico weg dat de crediteur de onverschuldigd ontvangen prestatie(s) niet zal (kunnen) restitueren.

230 Zie bijv. Hof 's-Hertogenbosch 27-10-1982, NJ 1983, 555 (Coolegem/Emmerig q.q.).

231 Zie RGRK § 426 rdnr. 13-14, Erman § 426 rdnr. 10, Esser-Schmidt (1993), p. 329, Wagenfeld (1972), p. 43, Selb (1984), p. 94, Brox (1992), rdnr. 431a, Fikentscher (1997), rdnr. 633. Overigens zal moeten worden aangenomen dat een schadevergoedingsplicht in beginsel slechts bestaat voorzover de debiteur in verzuim is van zijn vrijwaringsplicht (art. 6:81 e.v. BW), tenzij niet-nakoming tot blijvende schade heeft geleid (art. 6:74 lid 2 BW).

232 Zie ook hierna par. 4.7.2.

233 Dit kan ter verklaring dienen waarom de 'Befreiungsanspruch' in Duitsland een centrale plaats inneemt voor het regres: het Duitse recht kent geen wettelijke regeling van verhaal van bijkomende kosten.

Het is dus zeker zinvol als een dergelijke mededeling wordt gedaan, maar is de betalende debiteur hiertoe ook verplicht? Voor de betalende borg is een dergelijke mededelingsplicht opgenomen in art. 7:867 BW.²³⁴ Op grond van deze bepaling kan de hoofdschuldenaar die, onwetend van de betaling door de borg, zijn schuld aan de crediteur voldoet, volstaan met het cederen aan de borg van zijn vordering uit onverschuldigde betaling op de crediteur. De borg/cessionaris moet het onverschuldig betaalde dan maar zien te incasseren van de crediteur;²³⁵ de sanctie op niet-nakoming van de mededelingsplicht is dus dat de borg belast wordt met het risico van insolventie van de crediteur, maar ook met de kosten van inning en zelfs met de gevolgen van een eventueel beroep van de crediteur op verrekening. De crediteur kan immers op grond van art. 6:130 BW een eventuele opeisbare tegenvordering op de hoofdschuldenaar in verrekening brengen met de gecedeerde vordering uit onverschuldigde betaling.

De sanctie bij niet-nakoming van de mededelingsplicht door de borg is dus in sommige gevallen zwaar,²³⁶ omdat het aankomt op de solventie, betalingsbereidheid en verrekeningsbevoegdheid van de crediteur. Ik ben geneigd om analoge toepassing van art. 7:867 BW op alle hoofdelijke verbintenissen af te wijzen. Een constructie zoals is gebruikt in art. 7:867 is namelijk alleen onverkort toepasbaar indien de debiteur die als tweede betaalt, tevens de intern geheel draagplichtige debiteur is. Hoe moet men zich de cessieplicht van art. 7:867 voorstellen als twee hoofdelijke debiteuren A en B intern draagplichtig zijn voor respectievelijk 1/3 en 2/3? Stel dat eerst A betaalt en B daarna nog eens. B heeft onverschuldigd betaald. Neemt men aan dat analoge toepassing van art. 7:867 BW zonder meer mogelijk is,²³⁷ hoe stelt men zich dan de effectuering van de draagplicht voor? Hoeft B, die als tweede betaalde, slechts de vordering uit onverschuldigde betaling aan A over te dragen, zonder nadere regresplicht? Voldoet de crediteur deze vordering, dan is het gevolg dat B meer dan zijn aandeel draagt. Voldoet de crediteur deze vordering niet, dan draagt A meer dan zijn aandeel. Het moge duidelijk zijn dat dit niet juist kan zijn, maar evenmin kan men van B eisen dat deze *zowel* 2/3 aan A betaalt *als* zijn vordering op de crediteur overdraagt aan A. Mogelijke constructies om aan deze ongewenste consequenties te ontkomen, zijn de volgende. In de eerste

234 Deze mededelingsplicht, die ook ten grondslag ligt aan art. 1879 BW (oud), bestond al naar Romeins recht. Zie daarover Wesener (1965), p. 344-345.

235 Vgl. ook art. 6:34 BW, dat bijv. ingeval van subrogatie de debiteur beschermt in diens goede trouw ten aanzien van de rechtsovergang. Op grond van art. 6:36 BW heeft de werkelijk gerechtigde verhaal op de ontvanger van de prestatie.

236 De sanctie is wellicht forser dan onder de werking van art. 1879 lid 1 BW (oud); Asser-Kleijn (1988), nr. 171, en losbl. Bijzondere contracten (oud), art. 1879, aant. 1 (Wessels) menen bijvoorbeeld dat het terugvorderingsrecht van de borg uit art. 1879 een verrijkingsactie is. Het was in elk geval geen gecedeerde vordering van de hoofdschuldenaar, zodat tegenwerping aan de cessionaris van de verrekening met een vordering op de cedent naar oud recht zeker niet mogelijk was.

237 Aldus – zonder nadere uitwerking – Schoordijk (1979), p. 84.

plaats zou men B verplicht kunnen achten om zijn restitutievordering op de crediteur niet in haar geheel, maar slechts voor 2/3 te cederen aan A, zodat A per saldo 2/3 van hetgeen hij betaalde geretourneerd krijgt en B het restant van de restitutievordering, te weten 1/3, zelf kan innen bij de crediteur. Dit betekent overigens dat het incassorisico niet uitsluitend bij A rust, maar tevens op B wordt afgewenteld. Bij 'gewone' gevallen van dubbele betaling – mits de tweede betaling op redelijke gronden plaatsvond – lijkt mij dit een alleszins verdedigbare oplossing,²³⁸ maar voor het geval de dubbele betaling voorkomen had kunnen worden door mededeling door A aan B van de eerste betaling, lijkt mij dit een onjuiste benadering. Voor die gevallen zou ik het juist achten om B niet te verplichten tot overdracht van de restitutievordering. De tweede debiteur behoudt aldus zijn vordering uit onverschuldigde betaling, maar hij kan wel de eerstbetalende debiteur aanspreken tot vergoeding van eventuele schade die het gevolg is van de niet-nakoming van de mededelingsplicht.²³⁹ Dit recht op schadevergoeding is beperkt tot de schade door insolventie en de inningskosten. Geen recht bestaat op vergoeding van 'schade' die ontstaat door een beroep van de crediteur op verrekening. Verrekening met de schuld uit onverschuldigde betaling is immers slechts een wijze van betaling door de crediteur; enig rechtens relevant nadeel lijdt de tweede debiteur hierdoor niet.

In afwachting van de restitutie door de crediteur, zou het de tweede debiteur toegestaan moeten worden betaling van zijn regressschuld aan de eerstbetalende debiteur op te schorten. Hoewel de wet voor een dergelijke opschorting geen aanknopingspunt biedt, meen ik dat redelijkheid en billijkheid ertoe nopen de opeisbaarheid van de regresvordering van de eerstbetalende debiteur afhankelijk te stellen van de genoemde restitutie.

Dit alles komt overigens slechts aan de orde als de hier verdedigde mededelingsplicht inderdaad is geschonden. Van schending kan pas sprake zijn als de eerstbetalende debiteur ervan op de hoogte is dat er nog andere debiteuren zijn, tot wie hij in een hoofdelijkheidsverhouding staat. Mededeling kan immers pas geschieden als de identiteit van de betreffende debiteur(en) bekend is.²⁴⁰ Dat

238 M.i. is hier grond voor (analoge) toepassing van art. 6:34 en 6:36 BW: de tweede betaler dacht op redelijke gronden te betalen aan de werkelijk gerechtigde, de crediteur. In werkelijkheid was deze reeds voldaan en moest de tweede debiteur niet aan hem betalen, maar – voor zover hij draagplichtig was – aan de debiteur die het eerste betaalde. Vgl. Rongen, t.a.p. (hoofdstuk 2, nt. 138), p. 457.

239 In dezelfde zin Parl. Gesch. Boek 7, p. 467, voor de gevallen van borgtocht waarin de borg in enige mate draagplichtig is. Voorts wordt de hierbedoelde schadevergoedingsplicht ook wel aangenomen in het geval waarin de hoofdschuldenaar betaalt zonder de borg hiervan op de hoogte te stellen; zie bijv. Asser-Kleijn (1988), nr. 171, Du Perron, a.w. (hoofdstuk 2, nt. 138), p. 377.

240 Het is om die reden correct dat het spiegelbeeld van art. 7:867 BW, te weten het geval dat de hoofdschuldenaar eerst betaalt en de borg als tweede betaalt, ongeregeld is gebleven. De hoofdschuldenaar hoeft namelijk in het geheel niet op de hoogte te zijn van het bestaan van de borgtocht.

zal bij een contractuele rechtsverhouding tussen de betreffende hoofdelijke debiteuren eerder het geval zijn dan bij zuiver toevallig samenlopende verbintenissen.²⁴¹ Als gezegd lijkt mij voor de 'gewone' dubbele betaling verdedigbaar dat de tweede debiteur, aan wie de restitutievordering toekomt, verplicht is om deze *pro rata* te cederen aan de debiteur die het eerste betaalde.

4.7 Bijdragen in kosten en rente

4.7.1 algemene opmerkingen over kostenverhaal

Art. 6:10 lid 3 BW kent de hoofdelijke debiteur die kosten heeft gemaakt, de mogelijkheid toe deze kosten te verhalen op de andere debiteuren.²⁴² De wettekst laat open welke kosten het hier betreft en hoe nauw het verband tussen de hoofdelijk verschuldigde prestatie en de gemaakte kosten moet zijn. Uit de tekst van art. 6:10 en uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt in ieder geval dat enerzijds niet verhaalbaar zijn de kosten die 'slechts de schuldenaar persoonlijk betreffen', maar dat anderzijds het kostenverhaal niet beperkt is tot de kosten gemoeid met het verrichten van de hoofdelijk verschuldigde prestatie; ook de kosten die zijn gemaakt door een ander dan de betalende debiteur komen dus voor verhaal in aanmerking.²⁴³

Welke kosten (in welke mate) voor verhaal in aanmerking komen, zal naar mijn mening onder meer afhangen van de vraag of de debiteur in redelijkheid mocht overgaan tot het maken van de kosten en of de omvang van de kosten binnen redelijke grenzen is gebleven. Deze dubbele redelijkheidstoets vindt men bijvoorbeeld ook terug in art. 6:96 lid 2 BW,²⁴⁴ dat in zoverre analoog kan worden toegepast.

De maatstaf voor het kostenverhaal in art. 6:10 is de verdeling naar rato van de draagplicht in de prestatie waarvoor hoofdelijkheid bestaat: zijn twee debiteuren voor een geleend geldbedrag hoofdelijk tot terugbetaling aansprakelijk en zijn zij

241 Andersoortige mededelingsplichten vloeien daarom veelal voort uit de specifieke contractuele rechtsverhouding tussen partijen. Chr.H. van Dijk, A&V 1997, p. 129-130 noemt bijvoorbeeld de verplichting van de procederende WAM-verzekeraar om zijn verzekerde op de hoogte te houden van de stand van het geding; deze plicht vloeit m.i. voort uit de verzekeringsovereenkomst en niet zozeer uit de hoofdelijkheid tussen WAM-verzekeraar en zijn verzekerde.

242 De vraag of de hoofdelijke debiteuren mede-aansprakelijk zijn voor de kosten die de crediteur heeft gemaakt, is geen vraag van hoofdelijkheid; steeds zal ten opzichte van elke debiteur afzonderlijk moeten worden vastgesteld waartoe zijn verbintenis verplicht (bijv. met inachtneming van art. 6:96 lid 2 BW).

243 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113. M.i. kan daarom art. 6:10 lid 3 ook als grondslag dienen voor verhaal op de overige debiteuren van (proces)kosten die zijn gemoeid met het regres op een van de debiteuren. Art. 6:10 lid 3 dient derhalve overeenkomstig te worden toegepast bij de omslagregeling van art. 6:13 BW.

244 Zie daarover Asser-Hartkamp I (1996), nr. 414.

in hun onderlinge verhouding gelijkelijk draagplichtig, dan zullen zij ook gelijkelijk moeten bijdragen in de kosten die een van hen maakt in verband met de hoofdelijkheid. Het kostenverhaal in evenredigheid met de draagplicht van de debiteuren lijkt te zijn geïnspireerd op de zaakwaarnemingsidee: de gemaakte kosten komen ten goede aan alle debiteuren gezamenlijk en wel in evenredigheid met de mate waarin zij voor de hoofdelijk verschuldigde prestatie draagplichtig zijn.²⁴⁵ Meer dan de zaakwaarnemingsidee speelt hier niet. Net zomin als zaakwaarneming altijd een deugdelijke grondslag voor regres is (zie paragraaf 4.4.5), kan het altijd als grondslag voor verhaal van gemaakte kosten dienen.

De verplichting tot betaling van bijkomende kosten, zoals die is neergelegd in art. 6:10 lid 3, moet worden onderscheiden van het regresrecht van art. 6:10 lid 1. Immers, ook de kosten die zijn gemaakt door een ander dan de betalende debiteur komen voor verhaal in aanmerking. Het regresrecht wordt pas opeisbaar indien de hoofdelijke prestatie door of ten laste van een van de hoofdelijke debiteuren is verricht (art. 6:10 lid 2); eventuele wettelijke rente over de regresvordering kan – met inachtneming van de vereisten voor verzuim (art. 6:81 tot en met 83) – pas verschuldigd worden zodra een van de debiteuren aan de crediteur heeft betaald. Het verhaalsrecht voor kosten als bedoeld in art. 6:10 lid 3 is in zoverre onafhankelijk van het regresrecht, dat het ook kan toekomen aan een ander dan de regresgerechtigde debiteur. Het wordt opeisbaar onafhankelijk van het moment van betaling aan de crediteur, namelijk zodra de kosten zijn gemaakt. Eventueel verzuim treedt dus ook in, onafhankelijk van verzuim in de regresvordering.

4.7.2 kosten die ontstaan door verzaking van de vrijwaringsplicht

In paragraaf 4.6.2 kwam aan de orde dat de debiteuren onderling tot medewerking aan de prestatie, tot vrijwaring verplicht zijn. Ter sprake kwam ook dat de praktische relevantie van een dergelijke plicht niet groot is, omdat de wet op andere wijzen voorziet in de behoefte aan de vrijwaringsplicht. Niettemin kan de plicht tot vrijwaring verklaren waarom gemaakte kosten op een bepaalde wijze moeten worden verdeeld onder de hoofdelijke debiteuren. Stel bijvoorbeeld dat A en B hoofdelijk verbonden zijn voor een geldschuld en dat zij in hun onderlinge verhouding gelijkelijk draagplichtig zijn. B wordt door de crediteur tot nakoming aangesproken. A is hiervan op de hoogte, maar hij laat niettemin na om tot voldoening van zijn aandeel over te gaan. B moet geld lenen tegen verhypothekering van zijn woonhuis om de schuld geheel te kunnen voldoen; B had namelijk

²⁴⁵ In sommige rechtsstelsels dient de zaakwaarneming dan ook als grondslag voor een dergelijk kostenverhaal; zie Weir (1976), § 12-129. Vgl. ook nog Van Buchem-Spapens (1982), p. 28, die de rechtsgrond voor verhaal van gemaakte proceskosten zoekt in de besparing die het proces met zich brengt voor de andere debiteuren: zij kunnen zich de kosten van een zinloos proces besparen.

weliswaar voldoende in kas om het eigen aandeel te voldoen, maar niet om ook dat van A te betalen. Heeft B jegens A recht op vergoeding van de kosten van de geldlening? Mijns inziens is A *geheel* draagplichtig voor deze kosten;²⁴⁶ zou immers A uit eigen beweging tot medewerking aan de nakoming zijn overgegaan, dan was B van deze kosten gevrijwaard gebleven. Het eventuele verweer van A dat hij in betalingsonmacht verkeerde zal geen soelaas bieden, omdat net als bij verbintenissen tot betaling van een geldsom ook de hierbedoelde vrijwaringsplicht in zoverre een garantiëkarakter toekomt: niet-nakoming van deze verbintenis levert geen overmacht op ingeval van (geldelijk) onvermogen.²⁴⁷

De hier verdedigde mogelijkheid van volledig kostenverhaal op de debiteur aan wiens aandeel in de prestatie de kosten 'aankleven' vindt geen steun in art. 6:10 lid 3 BW: het is immers geen verdeling in evenredigheid met de draagplicht voor de hoofdelijk verschuldigde prestatie. Niettemin kan volledig kostenverhaal wegens schending van de vrijwaringsplicht onder omstandigheden gerechtvaardigd zijn – het voorbeeld toont het aan. Een dergelijk verhaal kan mijns inziens voldoende worden gegrond op art. 6:(8 j°) 2 BW, dat in voorkomende gevallen afwijking van art. 6:10 lid 3 toestaat.

De medewerkingsplicht in het gegeven voorbeeld vooronderstelt bekendheid van de hoofdelijke debiteuren met elkaar en met de omvang van elkaars draagplicht. Dat is naar mijn mening het juiste uitgangspunt: zouden A en B niet van elkaars debiteurschap afweten of kunnen afweten, althans niet van elkaars identiteit, en dus ook niet van de onderlinge draagplicht, dan zou A niet het verwijt kunnen worden gemaakt dat B genoodzaakt werd om een geldlening af te sluiten teneinde de crediteur te voldoen. In dit geval moet men dan ook aannemen dat de kosten slechts B persoonlijk betreffen.

4.7.3 *proceskosten voor het 'gemenebest'*

Uit de totstandkomingsgeschiedenis blijkt dat ook proceskosten onder art. 6:10 lid 3 BW vallen.²⁴⁸ Dat betreft niet proceskosten die zijn gemaakt door de crediteur, indien de hoofdelijke debiteuren daarvoor reeds als zodanig aansprakelijk zijn.²⁴⁹ Die proceskosten worden rechtstreeks op grond van art. 6:10 lid 2 ondergebracht

246 Vgl. J. Spier en J.H. Wansink, (1993) 6 INT. ILR, p. 178.

247 Dit is slechts anders in het uitzonderlijke geval dat de debiteur het verweer van geldelijk onvermogen ook jegens de crediteur had kunnen voeren (art. 6:11 BW, waarover nader in hoofdstuk 5).

248 Aangenomen mag worden dat bij de berekening van de verschuldigde bedragen de werkelijke kosten als uitgangspunt moeten worden genomen, en dus niet de liquidatietarieven die op grond van art. 57 Rv. in processuele kostenveroordelingen worden gehanteerd.

249 Dit kan zich voordoen bijv. op grond van art. 6:98, 6:96 lid 2 BW, of op grond van hoofdelijke veroordeling in een proces.

in het regresrecht. Art. 6:10 lid 3 ziet juist op de proceskosten die zijn gemoeid met het verweer dat door *een* van de debiteuren tegen de crediteur werd gevoerd:

‘Men denke aan het geval van een veroordeling in de kosten van een door de schuldeiser gewonnen procedure waarin verweer voeren verantwoord leek’.²⁵⁰

Het voorbeeld is zorgvuldig gekozen: zou het verweer tegen de crediteur op inhoudelijke gronden zijn geslaagd, dan zou – afhankelijk van de omstandigheden van het geval en de inhoudelijke grond voor afwijzing van de vordering van de crediteur – bijvoorbeeld kunnen komen vast te staan dat geen van de vermeende debiteuren tot enige prestatie gehouden is. Is dat het geval, dan biedt art. 6:10 lid 3 BW, bij gebreke van hoofdelijkheid, geen mogelijkheid van verhaal van proceskosten.²⁵¹ Dat is op zijn minst wonderlijk: slaagt het verweer van de debiteur op een zodanige wijze dat dit alle andere debiteuren ten goede komt, dan kunnen de kosten van verweer niet worden verhaald, terwijl de kosten van een falend verweer wel voor verhaal in aanmerking komen. Dogmatisch gezien is hier geen speld tussen te krijgen. Voor regres en het verhaal van kosten op grond van art. 6:10 BW wordt immers het bestaan van hoofdelijkheid voorondersteld. Blijkt hoofdelijkheid te ontbreken, dan komt men aan toepassing van art. 6:10 niet toe. Hoewel dogmatisch juist, kan deze uitkomst in lang niet alle gevallen bevredigen. In voorkomende gevallen kunnen kosten van verweer wel rechtstreeks op grond van art. 6:198 of art. 6:212 BW worden verhaald, namelijk wanneer het voeren van het verweer mede in belang van de andere debiteuren was en zij door het slagen van het verweer daadwerkelijk zijn gebaat.

Het verhaal ex art. 6:10 lid 3 BW betreft overigens slechts proceskosten voorzover²⁵² deze betrekking hebben op het voeren van verweren die de debiteuren min of meer gezamenlijk aangaan. Het moge duidelijk zijn dat de kosten die zijn gemoeid met verwezenlijking van een persoonlijk verweermiddel, dat alleen de verbintenis van de betreffende debiteur aantast, niet verhaald kunnen worden op de andere debiteuren.²⁵³ In de eerste plaats omdat, als het verweer slaagt, de verbintenis en daarmee de onderlinge rechtsverhouding non-existent blijkt te zijn; in de tweede plaats omdat, ook als het verweer niet slaagt, geen sprake is van kosten gemaakt voor ‘het gemenebest’.

250 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113.

251 Mogelijk anders: Van Buchem-Spapens (1982), p. 28.

252 Praktisch gesproken zullen de kosten van een gevoerd proces (schattenderwijs) pro rato moeten worden verdeeld over de in het proces tegen de crediteur gevoerde verweren.

253 De Kok (1965), p. 27.

4.7.4 *wettelijke rente*

Moeten de hoofdelijke debiteuren ook bijdragen in de wettelijke rente die één hunner heeft vergoed aan de crediteur? Gegeven het in beginsel onafhankelijke karakter van hoofdelijke verbintenissen, dient in elk van de verbintenissen verzuim op te treden voordat de crediteur jegens de desbetreffende debiteur aanspraak kan maken op wettelijke rente.²⁵⁴ Zie daarover ook hiervoor paragraaf 3.6. Voor zover de debiteuren – al dan niet van rechtswege – in verzuim zijn, zijn zij hoofdelijk aansprakelijk voor de wettelijke rente.²⁵⁵ Zij zijn draagplichtig naar rato van hun draagplicht in de primaire verbintenis.

Verschillen de rentebedragen doordat bijvoorbeeld een van de hoofdelijke debiteuren een hoger rentepercentage overeengekomen is met de crediteur (art. 6:119 lid 3 BW), dan kan slechts onderling regres worden genomen ten belope van het gemeen verschuldigde bedrag. De rentebedragen die door het hogere percentage verschuldigd zijn geworden, blijven voor rekening van de desbetreffende debiteur.

Problematischer is het geval waarin bijvoorbeeld van drie hoofdelijke debiteuren er twee in verzuim zijn en dus wettelijke rente verbeuren. De nevenverplichting tot vergoeding van de wettelijke rente is voor de in verzuim verkerende debiteuren een hoofdelijk verschuldigde prestatie: uiteraard kan de crediteur slechts éénmaal het betreffende rentebedrag incasseren. Voor de verhouding tussen de drie debiteuren onderling zal men twee gescheiden regrescircuits moeten realiseren: het eerste circuit betreft het regres inzake de hoofdvordering, dat drie debiteuren betreft; het tweede circuit betreft het regres inzake de rentevordering, dat slechts twee debiteuren betreft. De derde debiteur is aansprakelijk noch draagplichtig voor de opgekomen rente.

Wettelijke rente kan ook verschuldigd zijn over de regresvordering. Voordat over de regresvordering wettelijke rente verschuldigd wordt, dient de regresplichtige in verzuim te raken.²⁵⁶ Hiervoor is in beginsel een ingebrekestelling nodig; de regresvordering is immers geen schadevergoedingsvordering in de zin van art. 6:83 sub b. BW. In beginsel zal elke regresplichtige debiteur afzonderlijk in verzuim moeten worden gebracht, tenzij bijvoorbeeld op grond van een afspraak tussen hoofdelijke debiteuren het verzuim van de een mede als het verzuim van de ander heeft te gelden.

254 Dit uitgangspunt wordt zelfs bij de borgtocht in ere gehouden; zie art. 7:856 BW, waarover m.n. Parl. Gesch. Boek 7, p. 441.

255 Zo ook Parl. Gesch. Boek 7, p. 442 voor het geval zowel hoofdschuldenaar als de borg in verzuim zijn van betaling van de hoofdsom.

256 Vgl. (zij het voor wat betreft oud recht) De Kok (1965), p. 27.

4.8 Enige complicaties bij het effectueren van draagplicht

4.8.1 *regres na deelprestatie*

Als twee gelijkelijk draagplichtige debiteuren hoofdelijk 100 verschuldigd zijn, en een van hen voldoet 50 bij wijze van (door de crediteur aanvaarde) deelbetaling, kan de betreffende debiteur dan regres kan nemen op de ander? Zou men ook inderdaad regres toestaan, dan zou in evenredigheid met de draagplicht regres voor 25 mogelijk zijn. Onze wetgever koos in art. 6:10 lid 2 BW echter voor het – wat ik maar zal noemen – drempelstelsel: regres is alleen mogelijk voorzover de betalende debiteur meer heeft voldaan dan zijn interne aandeel.²⁵⁷ Het regres begint dan pas een rol te spelen als de debiteur in het voorbeeld meer dan 50 (van 100) voldoet.

Welk stelsel is het verkieslijkste, het ‘drempelstelsel’ of het ‘evenredigheidsstelsel’? Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:10 lid 2 BW blijkt niet dat de wetgever het evenredigheidsstelsel heeft overwogen. Toch is het evenredigheidsstelsel onmiskenbaar billijker, omdat het bij de verdeling bij de deelprestatie aansluiting zoekt bij de draagplicht voor het geheel.²⁵⁸ Het kan zich bijvoorbeeld voordoen dat de crediteur om onduidelijke redenen genoeg neemt met betaling van 50 en verder geen aanspraken geldend maakt. Het gevolg bij het drempelstelsel zou dan zijn dat van twee gelijkelijk draagplichtige debiteuren er één 50 en de ander niets draagt. Dat moge geen benadeling zijn van de debiteur die 50 draagt in vergelijking tot de situatie waarin de crediteur betaling van 100 vordert, maar het is in het concrete geval wel een door de crediteur (al dan niet bewust) bewerkstelligde wijziging van de draagplicht. Het is immers de crediteur die ervoor kiest om een van beide debiteuren voor slechts 50 aan te spreken. Het drempelstelsel leidt er voorts toe dat de debiteur die een deelprestatie verricht, een feitelijk verhoogd insolventierisico draagt. Als de debiteur in het voorbeeld 50 betaalt, kan hij daarvan niets verhalen op zijn mededebiteur. Mocht de vermogenstoestand van deze laatste vervolgens ernstig verslechteren, dan zal een eventuele vervolgprestatie van 50 evenzeer ten laste komen van de solvante debiteur. *De facto* vergroot het drempelstelsel het insolventierisico voor de betalende debiteur, omdat hij moet afwachten totdat hij meer dan 50 heeft voldaan eer hem een regresrecht toekomt.

257 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109 en 112; H.C.F. Schoordijk, RM Themis 1967, p. 116. Vgl. voor Duits recht, dat in beginsel ook het drempelsysteem hanteert: RG 4-4-1927, RGZ 117, 1, BGH 19-12-1985, NJW 1986, p. 1097, Erman § 426 rdnr. 10, Soergel § 426 rdnr. 37, Schulz (1907), p. 58-59, Meier (1936), p. 22, Lumm (1968), p. 173-176, Selb (1984), p. 92, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 67, p. 82, Lange (1990), p. 674, Droste (1994), p. 114. Vgl. – zij het in een andere context – LG Regensburg 4-5-1993, TranspR 1993, p. 291. Een uitzondering geldt voor deelprestaties van ‘Mitbürgen’; zie BGH 21-2-1957, BGHZ 23, 361.

258 Vgl. De Kok (1965), p. 19.

Bij het evenredigheidsstelsel kan hij direct na betaling van de eerste 50 de helft verhalen op de andere debiteur, die op dat moment nog verhaal biedt.

Aan het evenredigheidsstelsel kleeft het nadeel dat het potentieel kostbaar is: als de crediteur immers na de deelprestatie van 50 een vervolgaanspraak van 50 realiseert, dan moet ook die tweede 50 in evenredigheid worden verdeeld. Hoe kleiner de deelprestatie in verhouding tot de gehele prestatie is, hoe groter de kans zal zijn dat er meer dan (een of) twee regresronden plaatshebben, hetgeen stellig als inefficiënt kan worden betiteld.²⁵⁹ Bedacht moet evenwel worden dat zich ook bij het drempelstelsel meer regresronden kunnen voordoen. Een voorbeeld kan dit verduidelijken.²⁶⁰ Stel dat drie debiteuren gelijkelijk draagplichtig zijn: de interne draagplicht is dus voor elke debiteur $1/3$. Zijn zij 1500 verschuldigd en vordert de crediteur van één hunner 1200, dan kan deze regres nemen op de andere debiteuren; volgens het drempelsysteem kan in totaal voor $1200 - (1/3 \text{ van } 1500 =) 500 = 700$ regres worden genomen, zij het dat steeds ten hoogste het interne aandeel (500) kan worden gevorderd. De regreszoekende debiteur kan ervoor kiezen de twee andere debiteuren voor 500 en 200 aan te spreken, óf voor 350 elk. Doet hij het laatste, dan is geen opvolgende regresronde noodzakelijk. Die volgende regresronde is wel nodig als hij verkiest een van de andere debiteuren voor 500 in regres te nemen. Zou het regres volgens het evenredigheidsstelsel plaatsvinden, dan zou de betalende debiteur van elk van de debiteuren ($1/3 \text{ van } 1200 =$) 400 kunnen vorderen, zonder dat een volgende regresronde noodzakelijk wordt.

Conclusie moet zijn dat het evenredigheidsstelsel billijker is dan het wettelijke drempelstelsel. In bepaalde gevallen functioneert het drempelstelsel bovendien in het geheel niet. In die gevallen kan, met een beroep op art. 6:8 BW, voorrang worden gegeven aan het evenredigheidsstelsel. Het drempelsysteem werkt namelijk niet in die gevallen waarin de omvang van de hoofdelijk verschuldigde prestatie niet op voorhand vaststaat, bijvoorbeeld wanneer twee personen onbeperkt hoofdelijk aansprakelijk zijn voor de schulden die een hunner tegenover een bepaalde crediteur heeft. Wie kan dan immers zeggen wanneer de drempel is overschreden? In sommige van die gevallen kan weliswaar het drempelstelsel overeind blijven door de in beginsel onbeperkte aansprakelijkheid te verdelen in overzienbare termijnen, zodat de drempel per termijn moet worden berekend.²⁶¹ Maar niet altijd kan in termijnen worden gedacht; als bijvoorbeeld sprake is van tekorten op een langlopend bankkrediet ten behoeve van een BV, die krachtens overeenkomst worden aangezuiverd door twee personen die zich hoofdelijk jegens de bank hebben verbonden voor de kredietschulden van de BV. Steeds als een van

259 Hofmann-Van Opstall (1976), p. 484-485.

260 Vgl. ook Schoordijk (1979), p. 90, Van Büchem-Spapens (1982), p. 24, Asser-Hartkamp I (1996), nr. 116.

261 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109, p. 112.

de debiteuren een ontstaan tekort heeft aangezuiverd, bestaat behoefte aan regres op de andere debiteur. Onder werking van het drempelstelsel is zulks onmogelijk zolang niet vaststaat hoe groot de omvang van de schuld uiteindelijk zal zijn. Het evenredigheidsstelsel maakt regres op de andere hoofdelijke debiteur direct na betaling mogelijk, en dat verdient hier de voorkeur.

4.8.2 omslag, onderlinge draagplicht en interne draagplicht

Dient regres plaats te vinden in evenredigheid met de *onderlinge* draagplicht of in evenredigheid met de *interne* draagplicht? Een op het eerste gezicht vreemde vraag, want is 'onderling' niet hetzelfde als 'intern'? Als er twee hoofdelijke debiteuren zijn, dan komen deze begrippen inderdaad overeen. Zijn er echter meer dan twee debiteuren, dan ontstaat onherroepelijk verschil tussen interne en onderlinge draagplicht. Een voorbeeld: als A en B hoofdelijk aansprakelijk zijn en gelijkelijk draagplichtig, dan is de interne draagplicht van beiden $1/2$ en hun onderlinge draagplicht: $A : B = 1 : 1$, hetgeen op hetzelfde neerkomt. Zijn de drie debiteuren A, B en C hoofdelijk verbonden en gelijkelijk draagplichtig, dan is de interne draagplicht van allen $1/3$. De onderlinge draagplicht, in samenhang gezien, is $A : B : C = 1 : 1 : 1$. Als nu A de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht en vervolgens B tot een regresbijdrage aanspreekt, dan zou B volgens de interne draagplicht $1/3$ moeten bijdragen, terwijl bij de methode van de onderlinge draagplicht de omvang van het regres van A op B gerelateerd wordt aan de onderlinge verhouding tussen regreszoekende A en regresplichtige B, hetgeen $A : B = 1 : 1$ oplevert. In die methode zou A dus B kunnen aanspreken voor $1/2$. Daarmee kan de kous uiteraard niet af zijn, want in het licht van zowel de interne draagplicht als het *totaalbeeld*²⁶² van de onderlinge draagplicht van A, B en C, is de uiteindelijke draagplicht van A, B en C elk $1/3$. Als A dus voor $1/2$ regres heeft genomen op B, dan dient vervolgregres plaats te vinden door zowel A als B op C. A en B kunnen elk afzonderlijk vervolgregres nemen op C voor $(3/6 - 2/6 =) 1/6$.

De twee regresmethoden onderscheiden zich dus hierdoor dat men bij de vaststelling van de interne draagplicht de draagplicht van alle debiteuren in één en dezelfde 'totaalbeeld'-afweging betreft teneinde hun 'absolute' draagplicht vast te stellen, terwijl bij de vaststelling van de onderlinge draagplicht kan worden volstaan met

262 Hier wringt m.i. de schoen bij art. 6:102 lid 2 BW: men kan immers een geval van medeaansprakelijkheid en eigen schuld pas volledig doorrekenen als dit 'totaalbeeld' in ogenschouw is genomen. In dezelfde zin J. Spier, NJB 1984, p. 1109, Kunneman (1994), p. 15, en voor Duitsland: E. Koch, NJW 1967, p. 182, Keuk (1968), p. 200, Wagenfeld (1972), p. 203 e.v., Brambring (1973), p. 172, Lorenz (1979), p. 33, p. 40-41, Lange (1990), p. 630, Henke (1991), p. 272-273 nt. 96.

de afweging van 'relatieve' draagplicht tussen twee (van meer) debiteuren. In Duitsland worden deze verschillende methoden – zij het in ander verband – wel beeldend aangeduid met 'Gesamtschau' en 'Einzelabwägung'.²⁶³

In de Nederlandse literatuur en rechtspraak zal men tevergeefs zoeken naar een antwoord op de vraag welke van deze twee methoden de juiste is.²⁶⁴ Een uitzondering is Brunner; in zijn NJ-noot onder het DES-arrest bestempelt hij de hierbedoelde verdeling naar onderlinge draagplicht zonder meer als geldend recht.²⁶⁵ Dat lijkt mij onjuist: de tekst van art. 6:10 lid 1 en 102 lid 1 BW rept weliswaar van de 'onderlinge verhouding' van hoofdelijke debiteuren, maar er zijn geen aanwijzingen die erop duiden dat de wetgever het hierbedoelde begrip 'onderling' voor ogen stond. Het is integendeel aannemelijk dat de wetgever van verdeling in evenredigheid met de interne draagplicht uitging. Allereerst is er de tekst van het slot van art. 6:10 lid 2 BW, waar het regres toestaat ten belope van 'het gedeelte van de schuld dat de medeschuldenaar aangaat'. In de Toelichting Meijers wordt bovendien opgemerkt:

'De verplichting tot bijdragen is geen hoofdelijke verbintenis. Een schuldenaar die het door hem betaalde of een gedeelte daarvan kan verhalen op zijn medeschuldenaren, kan derhalve niet een van zijn medeschuldenaren aanspreken voor het gehele hem toekomende bedrag, doch slechts voor het gedeelte dat die medeschuldenaar aangaat.'²⁶⁶

De wetgever lijkt er dus vanuit te gaan dat verdeling moet geschieden in evenredigheid met de *interne* draagplicht.²⁶⁷ Dit lijkt mij een juist uitgangspunt; aan Brunner kan evenwel worden toegegeven dat het onder omstandigheden juist is om een verdeling in evenredigheid met de onderlinge draagplicht te laten plaatsvinden. Ik kom hier later op terug; eerst zal ik aan de orde stellen waar de laatstgenoemde regresmethode vandaan komt en op welke gronden zij rust.

De regresmethode naar rato van de onderlinge draagplicht vertoont verwantschap met de wijze waarop in art. 6:102 lid 2 BW de samenloop van medeaansprakelijkheid en eigen schuld wordt geregeld. Deze bepaling werkt aldus: als A en B aansprakelijk zijn voor de schade van C, terwijl deze laatste eigen schuld aan het voorval heeft, dan zal verdeling van de schade moeten plaatsvinden. In

263 Zie BGH 3-2-1954, BGHZ 12, 213, BGH 16-6-1959, BGHZ 30, 203 en daarover bijvoorbeeld Brambring (1973), p. 148 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 69 e.v. P.A. Chandler en J.A. Holland, LMCLQ 1989, p. 32, spreken van 'unit approach' resp. 'comparative approach'.

264 Anders dan veel auteurs menen, geeft HR 21-1-1977, NJ 1977, 386 nt. ARB (Heijmans/Raaijmakers; sanitaire stop) geen uitsluitel over het aanverwante probleem van eigen schuld en medeaansprakelijkheid. Tot deze conclusie komt ook Kunneman (1994), p. 13.

265 HR 9-10-1992, NJ 1994, 535 (DES-dochters), noot sub 6. Brunner spreekt van de 'inktvlekmethod'.

266 Parl. Gesch. Boek 6, p. 109.

267 Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 109 en p. 117.

het meest simpele geval zijn A, B en C gelijkelijk draagplichtig voor de schade van C; het totaalbeeld van de onderlinge draagplicht is dan $A : B : C = 1 : 1 : 1$. De omvang van de aansprakelijkheid van A en B jegens C wordt steeds bepaald door de onderlinge verhouding tussen enerzijds C en anderzijds A of B te bekijken. Daarbij geldt in ons voorbeeld $A : C = 1 : 1$, en ook $B : C = 1 : 1$, zodat C kan kiezen om $1/2$ van zijn schade op A danwel B te verhalen. In totaal heeft C recht op vergoeding van $2/3$ van zijn schade, zodat hij na ontvangst van $1/2$ (van A of B) nog $(4/6 - 3/6 =) 1/6$ kan vorderen (van B of A). Blijkt deze in tweede instantie aangesproken debiteur insolvent of onvindbaar te zijn, dan hoeft geen omslag of iets dergelijks meer plaats te vinden: C en de in eerste instantie aangesproken debiteur dragen direct en in evenredigheid met hun *onderlinge* draagplicht de gevolgen van insolventie of onvindbaarheid. In getallen uitgedrukt: A voldoet als eerst aangesprokene $1/2$ ($= 3/6$) van de schade (immers: $A : C = 1 : 1$); B blijkt insolvent. Het gevolg is dat C $3/6$ vergoed heeft gekregen, $1/6$ niet kan verhalen op B, en wegens eigen schuld de resterende $2/6$ zelf draagt. A dient de $3/6$ betaalde schade ten belope van $2/6$ uit hoofde van interne draagplicht zelf te dragen; de $1/6$ die hij op B zou willen verhalen, draagt hij uit hoofde van omslag. Resultaat is dat A en C elk $1/6$ (hun *onderlinge* verhouding is immers $1 : 1$) dragen bij wijze van 'omslag' van de insolventie van B. A en C kunnen elk afzonderlijk vervolgens B tot betaling van $1/6$ aanspreken zodra B weer verhaal blijkt te bieden.

De essentie van art. 6:102 lid 2 is dat het een directe spreiding van insolventierisico beoogt in evenredigheid met de mate van draagplicht. Toepassing van de regresmethode naar rato van de onderlinge draagplicht zou op overeenkomstige wijze leiden tot het *ab initio* spreiden van het risico van insolventie (of onvindbaarheid) van een niet bij de verdeling betrokken debiteur(en) over de debiteuren die wél bij de betreffende verdeling zijn betrokken. Deze methode incorporeert het omslagstelsel van art. 6:13 BW bij voorbaat in het regresrecht van art. 6:10 BW; de aandelen van alle debiteuren die niet zijn betrokken bij de verdeling worden aldus zondermeer omgeslagen. Regres naar rato van de onderlinge draagplicht is eigenlijk dus geen zuivere regresmethode, maar een combinatie van regres en omslag bij voorbaat. Hieruit volgt mijns inziens dat de wetgever niet de verdeling naar onderlinge draagplicht voor ogen stond: zou de omvang van het regresrecht van art. 6:10 BW worden bepaald door de onderlinge draagplicht, dan is de omslagregeling van art. 6:13 BW overbodig. Bovendien is de omslagmethode van art. 6:13 BW minder verstrekkend dan de verdeling naar rato van de onderlinge draagplicht in gevallen waarin sprake is van vier of meer debiteuren. Stel $W : X : Y : Z = 1 : 2 : 1 : 1$. Als nu Z de hoofdelijk verschuldigde prestatie van 100 voldoet, en het staat vast dat Y insolvent is, dan zou het regres van Z op X volgens de interne verdeling (inclusief omslag) als volgt worden becijferd: $40 + [2/5 \text{ van } 20] = 48$, terwijl het regres volgens de onderlinge draagplicht 66 zou zijn (immers: $X : Z =$

2 : 1). Het verschil is hierin gelegen dat bij de laatste berekeningswijze ook wordt geabstraheerd van de draagplicht van (en omslag over) W.

Wat pleit voor en tegen de verschillende regresmethoden? De methode van interne draagplicht noopt direct tot 'Gesamtschau': men kan pas tot de conclusie komen dat bijvoorbeeld A, B en C elk $1/3$ intern draagplichtig zijn als men draagplicht van de drie debiteuren in samenhang heeft beschouwd en afgewogen. Bij toepassing van de methode van de onderlinge draagplicht kan men voor wat betreft het regres door A op B volstaan met het formuleren van relatieve draagplichten: zijn A en B gelijkelijk draagplichtig, dan is regres ten belope van $1/2$ mogelijk, is B tweemaal 'draagplichtiger' dan A, dan bedraagt A's regresvordering $2/3$, enzovoorts. Dit lijkt een gunstige regresmethode: in de regresprocedure tussen A en B behoeft het eventuele aandeel van een eventuele C niet te worden meegewogen. Als men vooralsnog niet van het bestaan of het aandeel van C afweet, kan met deze methode niettemin op rechtvaardige wijze verdeling van de draagplicht plaatsvinden tussen de wél bekende debiteuren.

De regresmethode naar onderlinge draagplicht brengt voor de rechter die in een regreszaak tussen A en B moet oordelen, als voordeel mee dat hij geen uitspraken hoeft te doen over de draagplicht van C, die geen deel uitmaakt van de procedure, die waarschijnlijk niet gehoord is en over wie het gezag van gewijsde van het vonnis zich niet uitstrekt. Beter is het dus om over de draagplicht van die partijen geen oordeel te vellen.²⁶⁸ Slechts wanneer C in de procedure is betrokken, bijvoorbeeld doordat B hem in vrijwaring heeft opgeroepen, behoeft dan een 'Gesamtschau' van de draagplicht van A, B en C plaats te vinden.

Het genoemde voordeel is echter in werkelijkheid niet meer dan 'uitstel van executie'. Men kan uiteindelijk niet om een 'Gesamtschau' heen, want hoe kan men anders bijvoorbeeld tot de conclusie komen dat bijvoorbeeld $A : B : C = 1 : 2 : 4$? Een rekenvoorbeeld. A, B en C zijn hoofdelijk verbonden voor een bedrag van 100. A voldoet de schuld en neemt regres op B naar rato van de onderlinge draagplicht $A : B = 1 : 2$. B voldoet aan A dus $(2/3 \times 100) = 67$. Als komt vast te staan dat $B : C = 1 : 2$, dan kan B van de 67 die hij aan A betaalde, 44 op C verhalen. Maar mag men vervolgens op grond van deze feiten de sprong maken naar een totaalbeeld $A : B : C = 1 : 2 : 4$? En zo ja, waartoe leidt dit dan? Slechts met inachtneming van deze 'Gesamtschau' kan men ook conform het totaalbeeld verdelen: zou A namelijk vervolgregres op C hebben in evenredigheid met hun onderlinge verhouding, dan zou de berekening als volgt zijn: $4/5 \times 33 = 27$. A draagt dan uiteindelijk ongeveer 7, B 22 en C 71. Dat komt niet overeen met $1 : 2 : 4$ (dat

268 Aldus, op de hier genoemde gronden, *Maxfield v. Llewellyn*, [1961] 1 WLR 1119 (Court of Appeal). In gelijke zin (zij het in verband met art. 6:102 lid 2 BW): Parl. Gesch. Boek 6, p. 258 e.v., en p. 1265-1266.

zou immers ongeveer zijn $A = 14$, $B = 29$, $C = 57$). Het vervolgregres van A op C kan daarom slechts $4/7 \times 33$ bedragen, enzovoorts. Aan de noemer 7 in de breuk $4/7$ komt men alleen toe wanneer men de onderlinge draagplicht van A, B en C in gezamenlijk verband beschouwt (in dit voorbeeld dus $1 + 2 + 4$). Een dergelijk totaalbeeld kan men, evenzeer als bij de verdeling naar interne draagplicht, alleen verkrijgen als ófwel de omvang van de draagplicht van de debiteuren in samenhang met elkaar wordt gezien,²⁶⁹ ofwel sprake is van een geval waarin de regresmaatstaf op voorhand in absolute termen is geformuleerd, zoals bijvoorbeeld bij regres naar gelijke delen (de onderlinge verhouding is dan altijd $1 : 1$) of bij regres naar rato van het marktaandeel – zoals voor het regres onder DES-producenten wordt verdedigd. In dat laatste geval heeft men immers een absoluut vergelijkingsgetal; weliswaar is niet altijd mogelijk om het marktaandeel in een percentage uit te drukken (met name als niet alle producenten bekend zijn),²⁷⁰ maar een onderlinge vergelijking van aantallen afgezette producteenheden levert ook een absoluut ijkpunt op.²⁷¹ Dat ijkpunt ontbreekt als men appels met peren – of lastiger nog: appels met onbekende eenheden – moet vergelijken, bijvoorbeeld de onderlinge maten van gevaarverhogingsbijdrage.²⁷²

Het gebruik van een absoluut ijkpunt heeft – in ieder geval bij regres naar rato van het marktaandeel – overigens als neveneffect dat marktaandelen van niet-aansprakelijken als vanzelf worden uitgesmeerd over de wél aansprakelijke producenten. Dat is in het DES-geval overigens ook logisch, nu de Hoge Raad voor de omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid in beginsel niet relevant achtte of er mogelijk niet-aansprakelijke producenten waren.²⁷³

Concluderend kan worden gezegd dat, afgezien van de (vermoedelijke) wil van de wetgever, aan beide regresmethoden zowel voor- als nadelen zijn verbonden. Bij het regres naar onderlinge draagplicht spreidt men niet alleen het insolventierisico (waarvan allerm minst zeker is dat het zich zal verwezenlijken), maar ook de kosten van regres. Men kan zich bij de regresmethode naar onderlinge draagplicht in eerste instantie concentreren op de partij tot wie de regresvraag zich concreet uitstrekt. Andere debiteuren hoeven niet in de weging van (relatieve) draagplicht te worden betrokken. Dat is zowel een voordeel als een nadeel: een voordeel omdat bij bepaling van de draagplicht tussen hoofdelijke debiteuren A en B geen uitspraken behoeven te worden gedaan over het aandeel van een eventuele C; een nadeel omdat bij een vervolgregres van A of B op C uiteindelijk toch niet kan

269 Aldus ook Kunneman (1994), p. 15. Vgl. Brambring (1973), p. 161-162.

270 Zie nader over deze en dergelijke problemen J. Spier en J.H. Wansink, (1993) 6 INT. ILR, p. 178-179.

271 Vandaar dat Brunners regresvoorbeeld in zijn NJ-noot onder het DES-arrest bij verdeling naar rato van het marktaandeel gemakkelijk klopt.

272 Vgl. Parl. Gesch. Boek 6, p. 1265.

273 HR 9-10-1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (DES-dochters), r.ov. 3.7.6.

worden volstaan met een weging van onderlinge aandelen, maar integendeel toch het totaalbeeld $A : B : C$ moet worden bekeken.

Als gezegd stond de wetgever voor hoofdelijke debiteuren de regresmethode naar interne draagplicht voor ogen; niettemin ben ik van mening dat onder omstandigheden er goede redenen kunnen zijn om van dit uitgangspunt af te wijken. Een aantal situaties kan worden onderscheiden. Allereerst kan het zich voordoen dat de hoofdelijke debiteuren A en B niet beter weten dan dat zij getweeën de hoofdelijke debiteuren zijn; zij weten niet van het bestaan van (of de aansprakelijkheid van) C. A en B zullen dan feitelijk overgaan tot verdeling naar onderlinge draagplicht, omdat zij meenden dat dit tevens de interne draagplicht was. Blijkt deze veronderstelling achteraf onjuist te zijn, dan zal op grond van een herwaardering vervolgregres op C moeten plaatsvinden. Nadeel van dit vervolgregres is dat C waarschijnlijk zowel aan A als aan B een bijdrage moet leveren. Dit nadeel, dat uiteraard ook kleeft aan het vervolgregres na de omslag van art. 6:13 BW, zal op de koop toe moeten worden genomen. In de tweede plaats kan het zich voordoen dat het weliswaar bekend is aan A en B dat er een C moet bestaan, maar dat diens exacte identiteit onbekend blijft. In dat geval van onvindbaarheid kan de onderlinge draagplicht tussen A en B als regresmaatstaf fungeren. In de derde plaats kan insolventie van C van tevoren voldoende vast komen te staan. In dat geval is verdeling tussen A en B naar rato van de onderlinge draagplicht aangewezen.

Deze drie gevallen van onverhaalbaarheid – te weten onbekendheid, onvindbaarheid en onverhaalbaarheid wegens insolventie – zijn exact de gronden voor omslag als bedoeld in art. 6:13 BW. Hieraan kan bovendien nog worden toegevoegd: onverhaalbaarheid wegens liquidatie of het niet-aanwezig hebben van binnen redelijke termijn uit te winnen vermogen. Art. 6:13 dient immers steeds dan te worden toegepast wanneer ‘door welke oorzaak dan ook het verhaalsrecht tegen een der schuldenaren niet binnen redelijke tijd kan worden geëffectueerd’, aldus de Toelichting Meijers.²⁷⁴ De verdeling naar onderlinge draagplicht is in de genoemde gevallen dus een ‘proactieve’ – of, zo men wil: *ex ante* – toepassing van art. 6:13 BW.²⁷⁵ Daar bestaat voor die gevallen geen bezwaar tegen;²⁷⁶ het roept alleen wel de vraag op hoe geoordeeld moet worden als de in regres aangesproken debiteur zich tegen verdeling naar onderlinge draagplicht verzet met het verweer dat er nog een derde hoofdelijke debiteur in het spel is, op wie regres kan worden genomen. De strekking van het verweer is uiteraard dat de mogelijkheid van regres op een derde debiteur de omvang van de regresvordering op hem zou moeten

²⁷⁴ Parl. Gesch. Boek 6, p. 111.

²⁷⁵ In dezelfde zin Boonekamp (1990), p. 173. Vgl. Williams (1951), p. 171.

²⁷⁶ Men bedenke overigens wel dat in de gevallen waarin er één van vier of meer debiteuren onvindbaar of insolvent is, de verdeling naar rato van de onderlinge draagplicht en de verdeling naar rato van de interne draagplicht (inclusief omslag) wederom uiteenlopen. Zie de hoofdstuktekst hierboven.

reduceren. Het is in die gevallen aan de regreszoekende debiteur om aan te tonen dat de identiteit van de betreffende debiteur onbekend is, of dat om andere reden het verhaal tegen deze debiteur niet binnen redelijke tijd kan worden geëffectueerd. Van de regreszoekende debiteur kan wat dit betreft wel enige inspanning worden gevergd; de kosten van zijn recherchepogingen kunnen bovendien op grond van art. 6:10 lid 3 BW worden gespreid over alle debiteuren.

4.8.3 *het omslagstelsel van art. 6:13 BW*

Na het voorgaande behoeft art. 6:13 BW nauwelijks bespreking. Bovendien is art. 6:13 in de literatuur en parlementaire behandeling uitvoerig belicht.²⁷⁷ Het artikel moet worden toegepast wanneer regres naar rato van de interne draagplicht plaatsvindt en daarbij blijkt dat regres op een of meer van de draagplichtige debiteuren niet binnen redelijke tijd geëffectueerd kan worden. Dat doet zich met name voor als de desbetreffende debiteur onvindbaar, onbekend of insolvent is, of zijn vermogen om een andere reden niet op gemakkelijke wijze kan worden uitgewonnen voor de regresvordering. Het onverhaalbare aandeel wordt omgeslagen over de draagplichtige debiteuren in evenredigheid met hun interne draagplicht. Pas als omslag over een of meer draagplichtige debiteuren niet mogelijk is, dan vindt de omslag plaats over de niet-draagplichtige debiteuren. Deze derde regresfase geschiedt in beginsel in evenredigheid met de omvang van eens ieders aansprakelijkheid. Zie daarover uitgebreid paragraaf 4.5.4.7.

Er kunnen dus drie regresfasen worden onderscheiden: de vaststelling van de interne draagplicht,²⁷⁸ de eventuele omslag over draagplichtige debiteuren en de eventuele omslag over niet-draagplichtige debiteuren.

4.8.4 *regreseenheden en hoofdelijke regresplicht*

Als regel is het regres onder hoofdelijke debiteuren niet hoofdelijk, zodat de debiteuren elkaar slechts kunnen aanspreken voor dat deel dat zij elk afzonderlijk

277 Zie bijv. H.P.J. Ophof, NJB 1983, p. 1192-1194, H.P.J. Ophof, Bank- en effectenbedrijf 1984, p. 319-348, L.E.H. Rutten, Regresproblemen bij de sterfhuisconstructie, in: *Goed en Trouw* (Van der Grinten-bundel), Zwolle 1984, p. 515-529, P.J.P. Verloop, NV 1985, p. 11-15, H.P.J. Ophof, *Hoofdelijke aansprakelijkheid: solidariteit of apartheid*, oratie VU 1987, W.F.H. van Verschuer, WPNR 5720 (1984), J.M.H.P. van Neer-van den Broek, Enige gedachten over hoofdelijkheid, omslag en regres, in: M.J.G.C. Raaijmakers e.a. (red.), *Handelsrecht tussen 'Koophandel' en Nieuw BW*, Deventer 1988, p. 115 e.v., P.J.P. Verloop, Leveraged buy-out verboden steun en regres, in: *De Bankier als Jurist tegen wil en dank* (Langman-bundel), Deventer 1991, p. 93 e.v., W. Snijders, Regres en omslag bij hoofdelijkheid, in: E.H. Hondius e.a. (red.), *Quod Licet* (Kleijn-bundel), Deventer 1992, p. 375 e.v., W.J. Oostwouder, *Management buy-out*, diss. Rotterdam 1996, p. 339 e.v. alsmede Parl. Gesch. Boek 6, p. 1207-1210.

278 Wanneer sprake is van hoofdelijke regresplicht (daarover in de hiernavolgende paragraaf), kan zelfs een tweede regresronde voor interne draagplicht plaatsvinden.

draagplichtig zijn.²⁷⁹ Uiteraard kunnen de debiteuren een andere afspraak maken, in die zin dat twee of meer hoofdelijk regresplichtig zijn jegens een of meer andere debiteuren. Bovendien kan zich om andere redenen hoofdelijkheid van regresplicht voordoen. Voor de borgtocht is bijvoorbeeld in art. 7:866 lid 3 BW bepaald dat hoofdelijke debiteuren voor wie een derde zich borg heeft gesteld, tegenover deze borg hoofdelijk regresplichtig zijn.²⁸⁰ De borg zal in de regel namelijk geheel vrij van draagplicht zijn in zijn verhouding tot deze hoofdelijke debiteuren; uit billijkheidsmotieven heeft de wetgever ervoor gekozen om het regres van de borg in afwijking van art. 6:10 BW hoofdelijk te doen zijn.²⁸¹ Men kan hierin dezelfde gedachte terugzien die ook ten grondslag ligt aan de verdeling naar rato van de *onderlinge* draagplicht: de borg is ten opzichte van *elk van de andere debiteuren* geheel vrij van draagplicht. De onderlinge draagplicht zou dus ten opzichte van elke andere debiteur $0 : 1$ zijn in het voordeel van de borg. Daarin vindt de hoofdelijke regresplicht van de andere debiteuren dus haar rechtvaardiging.²⁸² De gedachte dat hoofdelijke regresplicht bestaat jegens een niet-draagplichtige debiteur verdient navolging. Zij geldt niet alleen voor het regres van de borg, maar bijvoorbeeld ook voor dat van de schadeverzekeraar op personen die de verzekerde schadegebeurtenis hebben veroorzaakt en die daarvoor aansprakelijk zijn. De schadeverzekeraar en de twee veroorzakers zijn hoofdelijk aansprakelijk jegens de verzekerde/benadeelde; in de interne verhouding is de schadeverzekeraar in beginsel geheel vrij van draagplicht en kan hij jegens de veroorzakers hoofdelijk regres uitoefenen. Deze veroorzakers vormen als het ware een eenheid tegenover de verzekeraar. Het kan overigens ook gebeuren dat door de strekking van de verzekeringsovereenkomst een van de veroorzakers 'overloopt' van het kamp van de eenheid der veroorzakers naar de zijde van de schadeverzekeraar. Indien een van beide veroorzakers bijvoorbeeld familielid of werknemer is van de verzekerde/benadeelde, dan leidt dit tot toepassing van art. 7:17.2.25 NBW ertoe dat de benadeelde drie hoofdelijk aansprakelijke personen kan aanspreken: het familielid, de derde-aansprakelijke en de schadeverzekeraar. Neemt deze laatste na vergoeding van de schade regres op de derde-aansprakelijke, dan wordt het aandeel van het familielid in de regresplicht toegerekend aan de schadeverzekeraar;

279 Friedmann en Cohen (1991b), § 11-69.

280 Zie ook art. 1878 BW (oud). In gelijke zin art. 146 lid 3 K. voor de aansprakelijkheid uit ondertekening van een wissel.

281 Blomkwist (1998), p. 58.

282 Aldus menen Soergel § 426 rdnr. 38, R. Dubischar, NJW 1967, p. 608, Wagenfeld (1972), p. 197 – e.e.a. met een beroep op o.m. RG 7-6-1915, RGZ 87, 64, RG 23-4-1932, RGZ 136, 276 en BGH 13-5-1955, BGHZ 17, 214 – dat de debiteur die geheel vrij van draagplicht is, steeds hoofdelijk regres kan uitoefenen op de andere, wel draagplichtige debiteuren. Vgl. daarover ook Münch. Komm. § 426 rdnr. 12, Selb (1984), p. 101, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 75-76, H. Rüßmann, JuS 1988, p. 186, die de verklaring hiervoor zoeken vanuit de leer van de 'Haftungseinheit'. Zie in dit verband ook BGH 10-10-1966, MDR 1967, p. 111.

deze vormt dan met het familielid een 'toerekeningseenheid' ten opzichte van de derde-aansprakelijke. Ratio voor deze toerekening is tweeledig. Enerzijds is onverenigbaar met de strekking van de verzekeringsovereenkomst dat de verzekerde de door de verzekeraar overgenomen schadelast via het regres van de derde-aansprakelijke op het familielid indirect 'teruggeschoven' krijgt,²⁸³ terwijl het anderzijds evenmin de bedoeling is om derde te belasten met het aandeel van het familielid.²⁸⁴

Een ander voorbeeld van hoofdelijke regresplicht betreft het geval waarin twee van meer debiteuren instaan voor hetzelfde aandeel in de veroorzaking. Stel dat A en B, in dienst van C respectievelijk D, een fout begaan die in verband staat met de uitoefening van hun beroepswerkzaamheden. Gesteld nu dat aan alle vereisten voor aansprakelijkheid ex art. 6:162 respectievelijk art. 6:170 BW is voldaan, dan zijn er vier hoofdelijke debiteuren (art. 6:102 BW). Stel dat de fouten van A en B gelijkelijk aan veroorzaking van de gebeurtenis hebben bijgedragen. Als nu C de schade voldoet, dan kan hij voor 1/2 regres nemen op B of D, in dier voege dat betaling door de een mede de ander bevrijdt.²⁸⁵ Voor wat betreft deze 1/2 geeft art. 6:170 lid 3 BW vervolgens een regel van *onderlinge* draagplicht: tussen B en D (evenals tussen A en C) geldt dat de werkgever in beginsel geheel draagplichtig is. De regel van art. 6:170 lid 3 heeft slechts werking tussen werkgever en werknemer; ten opzichte van eventuele mededebiteuren zijn zij elk draagplichtig voor hetzelfde veroorzakingsaandeel; ten opzichte van deze mededebiteuren vormen werknemer en werkgever een 'regreseenheid' en zijn zij hoofdelijk regresplichtig ten opzichte van eventuele mede-aansprakelijken.²⁸⁶

Hetgeen hier wordt afgeleid uit art. 6:170 BW, geldt mijns inziens steeds indien en voorzover twee (of meer) van meer hoofdelijke debiteuren instaan voor hetzelfde aandeel 'in de schuld'. Dat zal zich voordoen als men naast een ander risico-

283 Voor Duits recht zie men § 67 VVG, BGH 14-7-1970, BGHZ 54, 256, Pröller-Martin § 67 nr. 7, Weyers (1995), rdnr. 635-640 en Hasse (1992), p. 53, RGRK § 426 rdnr. 37, Steinbeis (1974), p. 112, Hofmann (1991), p. 197.

284 Hetzelfde geldt overigens voor verhaalsrechten bij sociale verzekeringen, zowel in Duitsland als in Nederland. Zie voor Nederland W.H. van Boom, Uniformiteit gewenst, in: W.H. van Boom e.a. (red.), *Regresrechten*, Deventer 1996, p. 102-103 met nadere verwijzingen, en voor Duitsland § 116 lid 2, 4 en 6 SGB X. Zie ook BGH 17-3-1954, BGHZ 13, 28, BGH 9-11-1956, BGHZ 22, 136, BGH 11-2-1964, BGHZ 41, 79, BGH 14-7-1970, BGHZ 54, 256 en BGH 7-11-1978, NJW 1979, p. 271, Lange (1990), p. 693-696, p. 739-740, Becker (1994), rdnr. F 29 - F 30, W. Marschall v. Bieberstein, VersR 1978, p. 488, W. Theda, DAR 1984, p. 206-207 en C. Armbrüster, VersR 1994, p. 897.

285 Vgl. Alt.komm. § 426 rdnr. 3, W. Dunz, JZ 1959, p. 594, W. Dunz, NJW 1968, p. 681, W. Selb, JZ 1975, p. 196, Vanquickenborne (1975), p. 69-70, Selb (1984), p. 102.

286 Aldus ook De Kok (1965), p. 67. In het Duitse recht is dit verschijnsel van de 'regreseenheid' al lange tijd gemeengoed: zie RG 23-4-1932, RGZ 136, 276, BGH 24-4-1952, BGHZ 6, 3 en BGH 7-7-1970, DB 1970, 1682. Vgl. RGRK § 426 rdnr. 19, W. Selb, JZ 1975, p. 196, Lorenz (1979), p. 22, Selb (1984), p. 102, Lange (1990), p. 675-676. Zie ook nog G. Ries, AcP 177 (1977), p. 557 nt. 41.

aansprakelijk is voor diens fout (art. 6:170, 171, 172 BW). Ook kan men denken aan de WAM-verzekeraar die naast de verzekerde aansprakelijk is voor de door deze toegebrachte schade. Verzekeraar en verzekerde vormen een regreseenheid, nu zij regresplichtig zijn voor hetzelfde veroorzakingsaandeel ten opzichte van eventuele mede-aansprakelijken. Deze regreseenheid kan zelfs uit drie personen bestaan, namelijk als de aansprakelijke bestuurder het voertuig bestuurd met toestemming van de motorrijtuighouder.²⁸⁷

In het Duitse aansprakelijkheidsrecht gaat men wat betreft regreseenheden nog een stap verder en tracht men ook medeveroorzakers, wier gedragingen *bij elkaar genomen* een bepaald aandeel in de veroorzaking teweegbrengen, in een 'Haftungseinheit' onder te brengen.^{288, 289} Bijvoorbeeld: raken twee te onderscheiden groepen jongeren slaags en brengen zij aldoende schade toe aan een derde, dan kan sprake zijn van twee regreseenheden. Gesteld dat het veroorzakingsaandeel van de ene eenheid $\frac{2}{3}$ is, dan kan na betaling van de schade door een van de personen uit deze eenheid regres worden genomen op elk van de deelnemers aan de andere eenheid voor $\frac{1}{3}$.²⁹⁰ Vervolgens zal binnen de desbetreffende eenheid vervolgres moeten plaatsvinden.

Een ander voorbeeld biedt een uitspraak van het BGH inzake een onverlichte aanhanger.²⁹¹ Vrachtwagenchauffeur K liet de defect geraakte vrachtwagen-aanhanger van zijn werkgever L achter op een openbare weg. Hij gaf E opdracht de aanhanger te repareren en vervolgens weg te halen. Nadat de reparatie voltooid was, gaf E opdracht aan X om de aanhanger van de weg te slepen. Deze zegde toe de aanhanger weg te zullen slepen. Voordat het zover gekomen was – het was inmiddels donker geworden – botste A tegen de onverlichte aanhanger op. Het BGH geeft aan dat in dit geval sprake is van een 'Haftungseinheit' die K, L, E en X omvat. Voldoende hiervoor is dat de gedragingen van K, L, E en X tot een en hetzelfde veroorzakingsaandeel hebben geleid, t.w. het op de weg staan van de onverlichte aanhanger. Zou er nu sprake zijn geweest van een nader veroorzakingsaandeel door bijvoorbeeld automobilist Z, die A de pas afsneed, waardoor A moest uitwijken en tegen de aanhanger aanbotste, dan zouden voor de uiteindelijke schade twee veroorzakingsaandelen bestaan. Zou de aanwezigheid

287 Vgl. BGH 26-4-1966, NJW 1966, p. 1262, Soergel § 426 rdnr. 32, Lorenz (1979), p. 22, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 68 en Lange (1990), p. 676-677.

288 Zie BGH 29-9-1970, BGHZ 54, 283, BGH 18-9-1973, BGHZ 61, 213 en BGH 5-10-1982, NJW 1983, p. 623. Men spreekt in dit verband beeldend van 'einheitlicher Verursachungsfaktor' (RGRK § 426 rdnr. 18; vgl. Alt.komm. § 254 rdnr. 19), 'Verklammerung' van twee of meer aansprakelijken (Lange (1990), p. 632) en het 'verschmelzen' van meerdere veroorzakingsbijdragen tot één 'einheitliche' veroorzakingsaandeel (W. Dunz, NJW 1964, p. 2136; Lorenz (1979), p. 11).

289 Dit is uiteraard niet alleen relevant voor regres onder hoofdelijke debiteuren, maar ook voor bepaling van de omvang van eventuele eigen schuld van de benadeelde.

290 Henke (1991), p. 271.

291 BGH 29-9-1970, BGHZ 54, 283.

van de onverlichte aanhanger langs de weg voor 3/4 oorzakelijk zijn geweest voor het ongeval, en het weggedrag van Z voor 1/4, dan zou Z na voldoening van de gehele schade aan A, regres kunnen nemen op (naar keuze) K, L, E of X voor 3/4. Elk van deze vier zou, als behorende tot de 'Haftungseinheit', voor het gehele aandeel in regres kunnen worden genomen.²⁹²

Hiermee is duidelijk geworden dat de leer van de 'Haftungseinheit' meer is dan een denkwijze of, zo men wil, berekeningswijze voor aandelen in de totale schade. Het behoren tot een 'Einheit' maakt dat men ook in de regresverhouding instaat voor het *geheel* van de aan de 'Einheit' toe te rekenen aandelen in de schade. Het maakt de betreffende debiteuren hoofdelijk regresplichtig. Dit aspect heeft in de literatuur de nodige kritiek ontmoet, met name omdat er geen wettelijke grondslag aan te wijzen is voor hoofdelijkheid binnen regresverhoudingen.²⁹³ Die kritiek is juist voor wat betreft de 'Haftungseinheit' die ontstaat tussen medeveroorzakers wier gedragingen *bij elkaar genomen* een bepaald aandeel in de veroorzaking teweegbrengen. Onterecht is de kritiek voor zover het betreft een 'Einheit' die ontstaat wanneer twee of meer personen aansprakelijk zijn voor eenzelfde fout en daarmee voor hetzelfde veroorzakingsaandeel, zoals het geval is bij de regreseenheid van werkgever en werknemer of die van de houder van het motorrijtuig en de bestuurder ervan.

Wat betekent dit voor ons recht? Moeten ook wij in termen van regreseenheden gaan denken voor gevallen van medeveroorzaking? Er is weliswaar geen rechtstreekse wettelijke grondslag voor, maar het kan naar mijn mening wel verhelderend werken als men mede-aansprakelijken (als bedoeld in art. 6:102 BW) in regreseenheden opsplitst. Een voorbeeld: stel dat A ten onrechte nalaat B te waarschuwen voor een door B in het leven geroepen gevaar en dat vervolgens door samenloop van onvoorzichtigheid van C en het door B in het leven geroepen gevaar schade wordt toegebracht aan D. Gesteld voorts dat zowel A, B als C hiervoor aansprakelijk zijn jegens D en dat C na vergoeding van de schade regres wil nemen op A en B. A en B zijn er getweeën verantwoordelijk voor dat het bedoelde gevaar in het leven is geroepen en gebleven: hun beider doen en nalaten is bijeengekomen in één en hetzelfde veroorzakingsaandeel. Zou de rechter in voorkomend geval B veroordelen tot een regresplicht van 1/4 jegens C, dan ligt voor de hand om te

292 In het door mij gegeven voorbeeld betrof het regres door een mede-aansprakelijke Z. In de door het BGH besliste zaak was er echter geen sprake van een veroorzakingsaandeel aan de zijde van Z, maar werd benadeelde A eigen schuld verweten. Het betrekken van eigen schuld bij 'Haftungseinheit' maakt de zaak nog ingewikkelder. Deze problematiek valt buiten het bestek van dit onderzoek; ik volsta met de opmerking dat hetgeen hier over het Duitse recht te berde is gebracht, een geheel ander licht werpt op de regeling van art. 6:102 lid 2 BW, die immers op Duits recht is geënt. De halfslachtige wijze waarop in deze bepaling de samenloop van eigen schuld en mede-aansprakelijkheid is geregeld, is het product van gebrekkige rechtsvergelijking. Aldus ook Kunneman (1994), p. 21.

293 Lorenz (1979), p. 26.

veronderstellen dat betaling door B van 1/4 mede bevrijdend is voor A. Het is raadzaam dat de rechter in een dergelijk geval aangeeft dat A en B tot een identieke regresplicht van 1/4 zijn gehouden.²⁹⁴

Conclusie moet zijn dat het exacte toepassingsgebied van de Duitse 'Haftungseinheit' moeilijk bepaalbaar is. Hoewel het BGH enigszins voorzichtiger is geworden met de toepassing ervan,²⁹⁵ lijkt het niettemin vast te houden aan de leer van de 'Haftungseinheit'. Het BGH verdedigt zulks met de overweging dat de leer van de 'Haftungseinheit' de enige zou zijn aan de hand waarvan de veroorzakingsaandelen die aan de verschillende betrokkenen moeten worden toegerekend, kunnen worden vastgesteld.²⁹⁶ Dat is juist en mijns inziens overtuigend. Voor bepaalde gevallen, zoals de eenheid van werkgever en werknemer, zal het gebruik van regreseenheden voor ons recht op weinig weerstand stuiten. Minder zeker ben ik ervan dat dit ook het geval zal zijn voor die regreseenheden die ertoe leiden dat men hoofdelijk regresplichtig is voor gedragingen van personen voor wie men geen 'externe' aansprakelijkheid draagt. Daar staat weliswaar tegenover dat het gebruik van hoofdelijke regresplicht de afwikkeling van het regres eenvoudiger maakt, maar het is moeilijk om in algemene bewoordingen aan te geven welke personen in welke gevallen tot een regreseenheid behoren. Hier is mijns inziens een taak weggelegd voor de rechter: het zou zinvol zijn als deze in voorkomende gevallen aangeeft of en zo ja, in welke omvang sprake is van een regreseenheid, en welke personen tot die eenheid behoren. Hoewel dit in theorie mogelijk een zinvolle oplossing lijkt, is er een belangrijke praktische complicatie: veelal betreft de procedure ten overstaan van de rechter slechts twee van drie of meer betrokken partijen, zodat de rechter noodgedwongen uitspraken doet over ten minste één niet-betrokken partij. Het rechterlijk oordeel over het aandeel van deze partij en diens betrokkenheid in een regreseenheid heeft noodgedwongen slechts beperkt gezag: de derde is er in elk geval niet aan gebonden. Over deze en dergelijke complicaties zie men nader paragraaf 6.2.

4.8.5 *het regres van de pseudo-debiteur*

Het kan zich voordoen dat iemand ten onrechte in de veronderstelling verkeert debiteur te zijn van een prestatie waartoe ook een of meer anderen zijn gehouden. Deze onjuiste veronderstelling kan tweeërlei betekenen: ofwel de betalende debiteur blijkt ten tijde van betaling geen debiteur te zijn geweest, of de andere debiteuren waren in werkelijkheid niets verschuldigd. In beide gevallen is er bij gebreke van

294 Inspiratie voor dit voorbeeld putte ik uit HR 29-12-1995, NJ 1996, 332 (Franzetti/Suikerunie II).

295 BGH 13-12-1994, VersR 1995, p. 427, in contrast met BGH 18-9-1973, BGHZ 61, 213, BGH 18-4-1978, JZ 1978, p. 522 en BGH 5-10-1982, NJW 1983, p. 623.

296 BGH 18-4-1978, JZ 1978, p. 522; BGH 5-10-1982, NJW 1983, p. 623.

hoofdelijkheid geen grond voor regres. Het regresrecht van art. 6:10 BW kan alleen bestaan bij de gratie van hoofdelijkheid.²⁹⁷ Toch zijn er gevallen waarin de mogelijkheid van regres wel aanspreekt, bijvoorbeeld het geval waarin degene die de schuld waarvoor een andere debiteur geheel draagplichtig is, voldeed in de veronderstelling zelf debiteur te zijn. Blijkt hij na betaling geen debiteur te zijn geweest, dan is deze betaling onverschuldigd en kan hij de crediteur uit onverschuldigde betaling aanspreken.²⁹⁸ Het betalingsrisico rust bij de pseudo-debiteur die ten onrechte tot betaling overging. Hij heeft geen rechten jegens de draagplichtige debiteur. En soms heeft hij ook tegenover de crediteur geen terugvorderingsrecht, namelijk als de betaling plaatsvindt op grond van een vaststellingsovereenkomst.²⁹⁹ De pseudo-debiteur zit dan klem tussen de crediteur, die hem aan de vaststellingsovereenkomst houdt, en de draagplichtige debiteur, die het hoofdelijk debiteurschap van de pseudo-debiteur betwist.

Deze uitkomst, die is gegrond op dogmatische argumenten, bevredigt niet. Het is niet efficiënt dat de pseudo-debiteur het betaalde terugvordert van de crediteur (als hij dat al kan) en dat de crediteur op zijn beurt het verschuldigde weer opvordert van de draagplichtige debiteur. Partijen kunnen hier in veel gevallen zelf in voorzien door cessie van de vordering van de crediteur op de draagplichtige debiteur; hiervoor is medewerking van de crediteur noodzakelijk. Een alternatieve benadering van dit probleem treft men aan in het Engelse recht. Als een pseudo-debiteur betaalt op grond van een 'bona fide settlement' met de crediteur, dan kan hij volgens Engels recht regres nemen op de draagplichtige debiteur, ongeacht of hij werkelijk debiteur was.³⁰⁰ De debiteur kan zich dan in ieder geval niet aan zijn draagplicht onttrekken met het verweer dat de pseudo-debiteur in werkelijkheid onverschuldigd betaalde. Voorwaarde is dat de pseudo-debiteur ten tijde van de 'settlement' te goeder trouw was ten aanzien van het bestaan van zijn betalingsplicht.³⁰¹ Men kan nog verder gaan en de draagplichtige ook het verweer ontnemen dat een rechterlijk vonnis dat de pseudo-debiteur tot betaling veroordeelde onjuist is. Dit zou feitelijk betekenen dat het gezag van gewijsde zich mede uitstrekt over de processueel niet-betrokken draagplichtige debiteur. Het regresrecht van de pseudo-debiteur heeft evenwel niets te maken met het werkingsbereik van het vonnis, maar juist met de – al dan niet vrijwillige – betaling. In het ene geval is

297 Vgl. Weir (1976), § 12-115.

298 Parl. Gesch. Boek 6, p. 112.

299 Zie daarover ook al par. 3.4.

300 Vereist is wel dat de 'settlement' onzekerheid beëindigde over de feiten en niet over het recht. S. 1 (4) Civil Liability (Contribution) Act 1978 geeft namelijk het regresrecht onder voorwaarde 'that he would have been liable assuming that the factual basis of the claim against him could be established'. Zie daarover A.M. Dugdale, 42 MLR (1979), p. 184, Goff en Jones (1993), p. 326, en W.V.H. Rogers, *Winfield & Jolowicz on Tort*, 14e druk Londen 1994, p. 630-631. Vgl. Law Commission, *Report on contribution*, Law Com. No. 79, Londen 1977, p. 14 e.v.

301 Goff en Jones (1993), p. 325-326.

het de pseudo-debiteur die zelf meent hiertoe gehouden te zijn, in het andere geval is het de rechter die hem daartoe verplicht acht.

Ook voor ons recht moet mijns inziens een regresrecht voor de pseudo-debiteur worden aangenomen. Weliswaar kan art. 6:10 BW niet rechtstreeks van toepassing zijn, maar het verdient – eventueel via het leerstuk van de ongerechtvaardigde verrijking (art. 6:212 BW) – overeenkomstige toepassing. Aangezien de pseudo-debiteur ook nog de actie uit onverschuldigde betaling jegens de crediteur openstaat, kan hij twee personen aanspreken tot een gelijke prestatie. Hier geldt mijns inziens dat crediteur en draagplichtige debiteur hoofdelijk gehouden zijn jegens de pseudo-debiteur: kiest de pseudo-debiteur ervoor om de crediteur uit onverschuldigde betaling aan te spreken, dan gaat zijn aanspraak jegens de draagplichtige debiteur teniet.

Verstoorde rechtsverhoudingen

5.1 Inleiding: hoofdelijkheid, de meerpartijpuzzel

Hoofdelijkheid is een meerpartijpuzzel; zij is een samenstel van rechtsverhoudingen waar ten minste drie personen bij betrokken zijn. Dit samenstel van rechtsverhoudingen tussen drie of meer personen kent externe en interne rechtsverhoudingen, waarbij 'extern' staat voor de verbintenissen tussen elk van de debiteuren en de crediteur en 'intern' voor de verhoudingen tussen de debiteuren onderling. De externe rechtsverhoudingen stonden centraal in hoofdstuk 3, de interne werden behandeld in hoofdstuk 4. Hoewel dus gescheiden behandeld, kan niet worden ontkend dat deze externe en interne rechtsverhoudingen in onverbreekelijk verband met elkaar staan. Dit verband ziet men in zijn meest simpele vorm bij betaling door een van de debiteuren: met zijn betaling bevrijdt hij zowel zichzelf als zijn mededebiteuren (het externe aspect), en na de betaling komt hem (mogelijkerwijs) een regresrecht toe jegens de mededebiteuren (het interne aspect). Wat dit betreft zijn de betaling en de daarmee gelijkgestelde rechtshandelingen de minst problematische. Gecompliceerder zijn de externe en interne gevolgen van bijvoorbeeld rechtshandelingen verricht door de crediteur jegens of met een van de debiteuren, en van rechterlijk of wettelijk ingrijpen in een van de hoofdelijke verbintenissen. Met name over die meer gecompliceerde gevolgen gaat dit hoofdstuk.

De rechtsverhouding tussen de crediteur en een van de hoofdelijke debiteuren kan door een bepaald rechtsfeit zodanig worden gewijzigd, dat de desbetreffende hoofdelijke verbintenis tenietgaat, of dat de inhoud, omvang of uitoefening van de rechten uit deze verbintenis verandert. Dergelijke rechtsfeiten leiden tot verstoorde rechtsverhoudingen, waar ik heel algemeen onder versta: een wijziging in een van de hoofdelijke verbintenissen die zijn weerslag heeft ófwel op de andere hoofdelijke verbintenissen ófwel op de interne verhouding van de debiteuren. Het betreft wijzigingen door rechtsfeiten zoals die welke in hoofdstuk 3 werden behandeld: ontslag, afstand, verjaring en verval. In dat hoofdstuk zagen we dat dergelijke rechtsfeiten in beginsel geen gevolgen hebben voor de andere hoofdelijke verbintenissen, die immers – ook al zijn ze hoofdelijk – hun zelfstandigheid behouden. Echter, voor die gevallen kan vervolgens wel de vraag worden gesteld of in de interne verhouding tussen debiteuren een verandering optreedt door het desbetreffende rechtsfeit. Daarnaast is denkbaar dat bepaalde rechtsfeiten die zich voordoen in de rechtsverhouding tussen de crediteur en een van de debiteuren,

wél gevolgen hebben voor de rechtsverhouding van de andere debiteur(en) jegens de crediteur. Het komt daarbij steeds aan op de vraag op wie men de gevolgen van de verstoorde rechtsverhoudingen afwentelt: op (enkelen van) de debiteuren of op de crediteur. Het antwoord moet mijns inziens worden gevonden in de concrete oorzaak van de verstoring van de hoofdelijkheid en de concrete rechtsverhouding van de betrokken personen. Dit hoofdstuk gaat daarom met name over de invloed van die concrete oorzaken en rechtsverhoudingen op de 'afwentelvraag'.

De wetgever heeft geen alomvattende regeling getroffen voor de hierbedoelde problemen. Slechts 6:11 BW, dat de interne doorwerking van externe verweermiddelen betreft, biedt een aanknopingspunt. In paragraaf 5.2 wordt daarom art. 6:11 nader bestudeerd. Mede aan de hand van de uitkomsten van die studie zal ik vervolgens in de paragrafen 5.3 en 5.4 pogen meer algemene uitspraken te doen over de afwenteling van rechtshandelingen die de hoofdelijkheidsband verstoren respectievelijk de afwenteling van wettelijk en rechterlijk ingrijpen in de hoofdelijkheidsband.

5.2 Interne doorwerking van externe verweermiddelen

5.2.1 art. 6:11 BW: flexibele werking, beperkt werkingsbereik

Hiervoor gaf ik aan dat in paragraaf 5.2 art. 6:11 BW nader bestudeerd zal worden. In werkelijkheid is art. 6:11 niet zozeer het onderwerp van deze paragraaf, maar veeleer de aanleiding voor nadere studie naar de uitgangspunten en motieven die bij totstandkoming van art. 6:11 hebben gespeeld. Die uitgangspunten en motieven kunnen namelijk ook buiten het tamelijk beperkte toepassingsgebied van art. 6:11 een rol spelen. Vandaar dat in deze paragraaf, mede naar aanleiding van de parlementaire geschiedenis, verschillende onderwerpen de revue passeren. In slotparagraaf 5.2.7 worden waar mogelijk verbanden gelegd tussen deze onderwerpen.

Art. 6:11 BW geeft een regeling voor de interne doorwerking van externe verweren; daarbij staat de vraag centraal of het verweermiddel dat een debiteur jegens de crediteur toekomt, ook tegen het regresrecht van een mededebiteur kan worden ingeroepen. Bij bestudering van de tekst van art. 6:11 valt op dat deze bepaling eigenlijk geen standaardantwoord biedt op de vraag of een extern verweermiddel interne doorwerking toekomt. Weliswaar lijkt het artikel nauwkeurig te bepalen dat zogenaamde anterieure verweermiddelen (lid 1) *wel*, posterieure verweermiddelen (lid 2) *niet* en verjaring (lid 3) *soms* kunnen worden tegengeworpen aan een regreszoekende mededebiteur, maar uit het vierde lid volgt dat deze

verweermiddelregeling slechts van toepassing is voorzover uit de rechtsverhouding tussen de schuldenaren niet anders voortvloeit. De regering drukt het aldus uit:

'bij ieder concreet geval moet worden nagegaan of de toepassing van de voorafgaande leden in het licht van de tussen de hoofdelijke schuldenaren bestaande rechtsverhouding gerechtvaardigd is'.¹

Opvallend in dit verband is dat het vierde lid geen 'tenzij' op het uitgangspunt in het eerste lid geeft, maar juist een directe beperking op het werkingsbereik: het eerste lid is slechts van toepassing voor zover uit de rechtsverhouding tussen de debiteuren niet anders voortvloeit.² In het licht van het vierde lid kan daarom worden vastgesteld dat de verweermiddelregeling de doorwerkingsvraag laat afhangen van de concrete rechtsverhouding van de debiteuren.

Dit lijkt een zwakte van art. 6:11 te zijn, maar ik geloof dat het integendeel de kracht van deze bepaling is: geen standaardantwoord, maar een op maat gesneden antwoord op de doorwerkingsvraag. Het ene verweermiddel is immers het andere niet, netzogoed als de ene interne rechtsverhouding de andere niet is. Verweermiddelen bestaan in alle soorten en maten, en zij vergen elk een eigen behandeling.³ Veeleer dan de aard van het verweermiddel beslissen aard en inhoud van de rechtsverhouding van de debiteuren onderling of een verweermiddel kan worden tegengeworpen.⁴

Art. 6:11 biedt dus de mogelijkheid om maatgesneden antwoord te geven op de doorwerkingsvraag. In dit opzicht is art. 6:11 dus een flexibele bepaling, maar in andere opzichten is het dat bepaald niet. De wetgever ging namelijk uit van een (in mijn ogen: te) beperkt werkingsbereik van het begrip 'verweermiddel'. Volgens de Memorie van Antwoord bij het gewijzigd ontwerp valt bijvoorbeeld niet onder de werking van art. 6:11 het verweer dat geen regres kan worden genomen tengevolge van de omstandigheid dat ten tijde van betaling aan de crediteur niet langer sprake was van hoofdelijkheid door ontbinding of vernietiging.⁵ In de benadering van de regering worden de interne gevolgen van vernietiging of ontbinding dus niet door art. 6:11 bestreken. Weliswaar is voorstelbaar dat op grond van art. 6:11 aan de medebiteur wordt tegengeworpen dat de aangesproken debiteur zich tegenover de crediteur *zou hebben beroepen* op een vernietigingsgrond, maar buiten het werkingsbereik van art. 6:11 valt de situatie waarin een dergelijk beroep daadwerkelijk *heeft* plaatsgevonden; de wetgever is er voor die gevallen vanuit

1 Parl. Gesch. Boek 6, p. 116.

2 In zoverre is tegemoet gekomen aan de kritiek van Hofmann-Van Opstall (1976), p. 490-491 op de tenzij-formulering in het Ontwerp Meijers.

3 Aldus reeds Opzoomer V (1879), p. 238.

4 Vgl. Opzoomer V (1879), p. 238, Hofmann-Van Opstall (1976), p. 488-489.

5 Parl. Gesch. Boek 6, p. 115.

gegaan dat door de vernietiging de hoofdelijkheidsband inmiddels is geslaakt zodat van enig regres geen sprake kan zijn. Blijkt door vernietiging of ontbinding niet langer sprake te zijn van hoofdelijkheid, dan komt men – zo is de redenering – aan toepasselijkheid van art. 6:6 e.v. BW niet toe.⁶ Naar mijn mening is evenwel niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen deze bepalingen toch (al dan niet overeenkomstige) toepassing verdienen. Immers: niet zozeer de aard van het verweermiddel maar de interne verhouding bepaalt het antwoord op de doorwerkingsvraag.

In paragraaf 5.3.2 kom ik hier nog uitgebreid op terug. Wat er intussen zij van de benadering die de wetgever heeft gekozen, hierna wordt onder verweermiddel verstaan de bevoegdheid van één, meer of alle van de hoofdelijke debiteuren om tegen de aanspraken van de crediteur een wettelijk of contractueel verweer in te roepen, dat geheel of gedeeltelijk aan uitoefening van diens vorderingsrecht in de weg staat. Daaronder versta ik uitdrukkelijk mede de problematiek die met ontbinding en vernietiging kan ontstaan.

5.2.2 *gewekt vertrouwen en voorwaardelijke verbintenissen*

Een van de voorbeelden die de Toelichting Meijers geeft van het toepassingsbereik van art. 6:11 BW, betreft een geval waarin twee debiteuren zich bij één rechtshandeling hoofdelijk tegenover de schuldeiser verbinden, met dien verstande dat één hunner een opschortende voorwaarde of termijn bedingt. De Toelichting meent dat in beginsel mag worden aangenomen dat partijen dan hebben bedoeld dat het uit de voorwaarde of termijn voortvloeiende verweermiddel niet slechts tegenover de crediteur kan worden ingeroepen, maar ook tegen een eventuele regresvordering van de onvoorwaardelijk gebonden debiteur. Ongetwijfeld kunnen partijen dit hebben bedoeld, en uit die bedoeling volgt dan ook de tegenwerpbaarheid. Art. 6:11 heeft men voor deze tegenwerpbaarheid evenwel niet nodig. Tegenwerpbaarheid is in dit voorbeeld immers niets anders dan het honoreren van vertrouwen dat bij de voorwaardelijk gebonden debiteur wordt gewekt op het moment dat hij zich samen met de onvoorwaardelijk gebonden debiteur in een meerpartijencontract hoofdelijk verbindt jegens de crediteur. Dat het verweer aan de mededebiteur kan worden tegengeworpen, vloeit dus niet noodzakelijk uit de hoofdelijkheidsband tussen debiteuren voort, maar uit het in de concrete situatie tussen de debiteuren bestaande vertrouwen.

Van meer belang is mijns inziens de vraag of de voorwaardelijk verbonden debiteur de voorwaarde *zonder meer* kan tegenwerpen aan een regreszoekende mededebiteur, ook als geen sprake is van gewekt vertrouwen of iets dergelijks. De Toelichting Meijers noemt in dit verband de situatie waarin aanvankelijk sprake is van één debiteur, en pas later een ander zich hoofdelijk medeverbindt. Deze

6 Van Buchem-Spapens (1982), p. 27.

hoofdelijkheidsfiguur, die in Duitsland wel 'Schuldbeitritt'⁷ wordt genoemd en in wezen gelijk is aan, althans gelijkenis vertoont met borgtocht, kan ertoe leiden dat de oorspronkelijke debiteur later wordt geconfronteerd met een regreszoekende mededebiteur, van wiens debiteurschap hij mogelijk niet afwist. Opmerkelijk is dit niet; het kan ook bij borgtocht gebeuren. Als de later 'toegetreten' debiteur bij het aangaan van zijn schuld zich onder andere voorwaarden verbindt dan de oorspronkelijke debiteur, en als het ware van bepaalde verweermiddelen tegenover de crediteur 'afstand' doet, dan is dat uiteraard zijn zaak. Netzogoed als de ene debiteur zich onvoorwaardelijk kan verbinden en de andere onder voorwaarde of termijn, is denkbaar dat een 'toetredende' debiteur zich tot meer of anders dan de oorspronkelijke debiteur verbindt. Een dergelijke 'ongelijkheid' van de hoofdelijke verbintenissen kan de oorspronkelijke debiteur niet schaden, tenzij hij instemt met deze gang van zaken.⁸

Hiermee is impliciet ook de vraag beantwoord hoe in gevallen van 'ongelijkheid' het regres moet worden afgewikkeld.⁹ Is van twee debiteuren de ene onvoorwaardelijk gebonden en de andere onder opschortende voorwaarde of termijn, dan zal aan de eventuele regresvordering van de een het verweer van voorwaarde of termijn worden tegengeworpen. De regresvordering kan worden uitgeoefend als de voorwaarde waaronder zijn mededebiteur verbonden was, is vervuld of de termijn is verstreken. Belet de mededebiteur het intreden van de voorwaarde, dan werkt art. 6:23 BW ook ten behoeve van de andere debiteur.

De grond voor tegenwerpbaarheid van voorwaarden en termijnen is gelegen in de idee dat de positie van een debiteur niet kan worden verzwaard door afspraken die de crediteur niet met hem maar met een andere debiteur heeft gemaakt: de debiteur mag er op vertrouwen dat zijn positie niet buiten zijn instemming wordt verzwaard door het feit dat ook een ander zich tot dezelfde prestatie verplicht.¹⁰ In wezen is dit een verschijningsvorm van het beginsel dat contracten alleen partijen binden.

Dat zijn positie niet mag worden verzwaard, wil overigens niet zeggen dat deze niet kan worden gewijzigd. Een dergelijke wijziging kan zijn dat de debiteur niet langer een bepaalde prestatie (anders dan betaling van geld) aan de crediteur verschuldigd is, maar integendeel een geldelijke regresvordering aan de mededebiteur dient te voldoen. Daarover kan de debiteur zich evenwel als regel niet

7 Zie over 'Schuldbeitritt' bijv. Selb (1984), p. 213 e.v. en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 51 e.v. Vgl. over deze en vergelijkbare figuren ook Pothier, nr. 457 e.v. en Van Buchem-Spapens (1982), p. 12-13.

8 Zie ook het eerder in deze paragraaf behandelde voorbeeld uit de Toelichting Meijers.

9 Voor de ongelijkheid van de *bedragen* waarvoor de verschillende debiteuren verbonden zijn, heb ik in par. 3.2.2 en 4.5.4.7 uitvoerig bij deze vraag stilgestaan.

10 Dit neemt overigens niet weg dat uit de rechtsverhouding van de debiteuren onderling het tegendeel kan voortvloeien. Zie Hofmann-Van Opstall (1976), p. 488.

beklagen; de regresvordering is immers het geldelijke equivalent van (een deel van) de oorspronkelijk verschuldigde prestatie.¹¹

Vindt voldoening van de hoofdelijk verschuldigde prestatie plaats door een voorwaardelijk gebonden debiteur, dan rijst de vraag hoe het regres op een onvoorwaardelijk gebonden debiteur vorm dient te krijgen. Is sprake van een opschortende voorwaarde die op het moment van betaling nog niet is ingetreden, dan zou de onvoorwaardelijk gebonden debiteur het verweer kunnen voeren dat voldoening door de voorwaardelijk gebonden debiteur onverschuldigd geschiedde (art. 6:25 BW) en dat derhalve geen regres op hem mogelijk is.¹² De redenering sluit, maar het resultaat lijkt op het eerste gezicht minder te bekoren. Welk belang heeft de onvoorwaardelijk gebonden debiteur immers bij het verweer? Het zal voor de onvoorwaardelijk gebonden debiteur in de regel toch niet uitmaken of hij door de crediteur tot nakoming wordt aangesproken of door zijn mededebiteur tot het doen van een regresbijdrage? Bij nadere beschouwing kan echter blijken dat de debiteur goede redenen heeft om het verweer in te roepen, bijvoorbeeld wanneer hij er op goede gronden vanuit ging dat de voorwaarde in de verbintenis van de andere debiteur voorlopig niet zou intreden en dat hij zelf jegens de crediteur een tegenvordering in verrekening zou brengen. Ik zou daarom willen vasthouden aan het uitgangspunt dat de onvoorwaardelijk gebonden debiteur het niet-intreden van de voorwaarde kan tegenwerpen aan het regres van de voorwaardelijk gebonden debiteur. In bijzondere gevallen kan van dit uitgangspunt worden afgeweken – zo men wil met behulp van analoge toepassing van art. 6:10 via art. 6:198 of 212 BW.

Vindt voldoening plaats door een debiteur die onder ontbindende voorwaarde gehouden is tot de prestatie en treedt daarna de voorwaarde in, dan dient de prestatie op grond van art. 6:24 BW ongedaan te worden gemaakt. Heeft inmiddels regres plaatsgevonden, dan doet zich door het intreden van de voorwaarde een domino-effect voor: de betaling aan de crediteur moet worden teruggedraaid en vervolgens ook de regresbetalingen. Aan deze restitutie-draaimolen zijn voor alle betrokkenen de nodige financiële risico's verbonden (naast incassokosten uiteraard vooral het risico van insolventie), die overigens mogelijk verzacht kunnen worden met opschortingsrechten die zij uit hoofde van hun (meerpartijen)contractuele rechtsverhouding over en weer hebben. Voor nadere behandeling van de gevolgen van intreden van de ontbindende voorwaarde verwijs ik naar hetgeen in paragraaf 5.3.2 over de gevolgen van ontbinding wordt opgemerkt.

11 Bovendien zal in een borgtocht('achtige') situatie er veelal sprake van zijn dat de crediteur ook jegens de hoofdschuldenaar reeds aanspraak kan maken op vervangende schadevergoeding in geld op het moment dat de borg tot nakoming wordt aangesproken.

12 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 120.

5.2.3 *anterieure en posterieure verweermiddelen*

Verweermiddelen kan men op diverse wijzen indelen. Zo wordt bijvoorbeeld onderscheid gemaakt tussen persoonlijke en gemene verweermiddelen (daarover nader in paragraaf 5.2.4) en tussen anterieure en posterieure verweermiddelen (daarover in deze paragraaf 5.2.3). Uit de indelingen op zichzelf volgen uiteraard geen rechtsgevolgen; bovendien blijken de indelingen soms of in een bepaald opzicht onjuist te zijn of geen onderscheidend vermogen te hebben. Het gebruik van indelingen kan niettemin van waarde zijn. In de genoemde paragrafen kom ik daarom nader terug op de zin en onzin van deze indelingen.

Er wordt onderscheid gemaakt tussen zogenaamde anterieure en posterieure verweren. De scheidslijn tussen deze twee soorten verweermiddelen wordt door art. 6:11 lid 2 BW getrokken bij het moment van ontstaan van 'hun beider verbintenis', of korter gezegd: bij het ontstaan van de hoofdelijkheid. Bij posterieure verweren wordt voornamelijk gedacht aan verweren die voortvloeien uit afspraken die de crediteur met een van de debiteuren heeft gemaakt na het ontstaan van hoofdelijkheid, zoals betalingsregelingen en kwijtscheldingen. Voor deze gevallen van posterieure verweren zijn goeddeels specifieke regels gesteld in art. 6:9 en 14 BW. Zie daarover nader paragraaf 5.3.3.

Een afspraak met de crediteur, gemaakt na het ontstaan van hoofdelijkheid, kan door de desbetreffende debiteur niet worden tegengeworpen aan de andere debiteuren die niet zijn betrokken bij deze afspraak. Het beginsel dat hier aan ten grondslag ligt, is uiteraard dat een reeds ontstane (regres)rechtsverhouding nadien niet gewijzigd kan worden ten nadele van één van de bij deze rechtsverhouding betrokken personen, althans niet zonder diens instemming. Afspraken binden alleen partijen en kunnen de positie van derden behoudens instemming niet verzwaren. In art. 6:11 lid 2 BW is het hierbedoelde uitgangspunt ten aanzien van posterieure verweren neergelegd. Volgens de Toelichting Meijers kan de debiteur het verweermiddel dat hij aan een posterieure rechtshandeling ontleent, niet aan de andere debiteuren tegenwerpen

'indien het verweermiddel van de ene schuldenaar zonder goedvinden van de andere schuldenaar is ontstaan *nadat* die andere schuldenaar zich jegens de schuldeiser heeft verbonden; dus b.v. indien aanvankelijk beiden zich onvoorwaardelijk hadden verbonden en vervolgens de eerstgenoemde schuldenaar met de schuldeiser, zonder goedvinden van zijn medeschuldenaar, overeenkomt dat aan zijn verbintenis een opschortende voorwaarde verbonden zal zijn. De medeschuldenaar heeft dan immers van meet af aan er op kunnen rekenen dat hij na betaling onvoorwaardelijk regres kan nemen, en daaraan

behoren de beide andere betrokkenen buiten hem om niets te kunnen veranderen.¹³

Deze toepassing van het beginsel van contractsvrijheid klinkt ook door in art. 6:14 BW. Dit beginsel staat overigens niet in de weg aan werking van afspraken tussen debiteur en crediteur *ten voordele* van de andere debiteuren. Dat klinkt door in art. 6:9 lid 1 BW. Bovendien kan de posterieure rechtshandeling ook een gemeen verweermiddel opleveren, bijvoorbeeld indien zij mede ten behoeve van de andere debiteuren is verricht (bij wijze van derdenbeding) of als de rechtshandeling mede afhankelijke of subsidiaire verbintenissen treft.

De regel van art. 6:11 lid 2 BW inzake posterieure rechtshandelingen kent een pendant in de subrogatiefiguur – die, zo bleek in hoofdstuk 3, de voorloper van het zelfstandige regresrecht van art. 6:10 BW is. De crediteur is verplicht te voorkomen dat de debiteur die na betaling van de hoofdelijk verschuldigde prestatie wordt gesubrogeerd, feitelijk minder rechten toekomen dan waarin hij mocht menen te treden. De debiteur mag immers de (dus: gerechtvaardigde) verwachting koesteren te zullen subrogeren in de rechten van de crediteur jegens eventuele andere debiteuren.¹⁴ De crediteur mag dit vertrouwen niet beschamen; hij dient zich te onthouden van handelingen die de rechten verkorten van de debiteur die betaalt. Deze stelregel, die thans voor de subrogatie in het algemeen in art. 6:154 BW is neergelegd en die voordien ook reeds voorkwam in de artikelen 1885 BW (oud) en art. 284 K., noopt bijvoorbeeld tot de conclusie dat het de crediteur niet is toegestaan om voorafgaande aan de subrogatie rechtshandelingen met de debiteur te verrichten die de vordering verminderen of teniet doen gaan. De ratio van art. 6:11 lid 2 BW en art. 6:154 BW is dus dezelfde, maar de uitwerking is anders: bij art. 6:11 lid 2 wordt de posterieure rechtshandeling werking ontzegd tegenover het zelfstandige regresrecht van de mededebiteur, terwijl bij art. 6:154 een schadevergoedingsplicht van de crediteur jegens de betalende debiteur ontstaat wegens verkorting van diens regresrecht uit subrogatie.¹⁵

Met het trekken van de scheidslijn tussen posterieure en anterieure rechtshandelingen zou de indruk kunnen ontstaan dat anterieure rechtshandelingen in tegenstelling tot de posterieure *wel* kunnen worden tegengeworpen. Maar ook een anterieure rechtshandeling kan in strijd zijn met het beginsel dat afspraken tussen partijen geen werking ten nadele van derden toekomt. Stel dat twee personen A en B

13 Parl. Gesch. Boek 6, p. 114-115.

14 Pothier, nr. 275.

15 Dat de uitwerking hiervan verschilt, is uiteraard terug te voeren op de techniek van de subrogatie: tot het moment van overgang van de vordering kan de gerechtigde beschikken over zijn vordering op een wijze die hem goedgeeft. Pas na rechtsovergang kan de gesubrogeerde beschikken over de vordering.

hoofdelijk aansprakelijk zouden zijn geweest jegens C voor de door C geleden schade (art. 6:102 BW), maar dat A een anterieure rechtshandeling met C heeft verricht waarbij A zich exonereert voor eventuele toekomstige aansprakelijkheid. Als men stelt dat deze rechtshandeling een verweermiddel oplevert dat door A aan de eventuele regresvordering van B kan worden tegengeworpen, dan zou evenzeer sprake zijn van schending van het beginsel dat contracten geen werking ten nadele van derden toekomt. Uit niets blijkt dat de wetgever een dergelijke schending van art. 6:11 BW heeft willen toestaan. Zie voor uitwerking van een en ander hierna paragraaf 5.3.4.

Ik concludeer dat in zijn algemeenheid niet juist is de stelling dat een anterieure rechtshandeling wel afbreuk kan doen aan de positie van mededebiteuren zoals die zou zijn ontstaan als de betreffende rechtshandeling niet zou zijn verricht. Daarmee verliest het onderscheid tussen anterieure en posterieure verweren – tenminste voor zover deze voortkomen uit rechtshandelingen – betekenis, voor zover dit onderscheid zou zijn dat anterieure verweermiddelen altijd, en posterieure verweermiddelen nimmer kunnen worden ingeroepen door en tegen debiteuren.

5.2.4 *gemene en persoonlijke verweermiddelen*

Een algemene regeling voor de interne doorwerking van verweermiddelen zoals thans in art. 6:11 BW is neergelegd, kende het oude wetboek niet.¹⁶ Wel was er art. 1323 BW (oud), dat een algemene regeling gaf voor het inroepen van verweermiddelen tegenover de crediteur. Art. 1323 BW (oud) luidde:

Een hoofdelijke mede-schuldenaar, in regten door de schuldeischer aangesproken zijnde, kan zich bedienen van alle exceptien die uit den aard der verbintenis voortvloeijen, en van alle die hem persoonlijk eigen zijn, mitsgaders van alle de zoodanige welke aan alle de medeschuldenaren gemeen zijn.

Hij kan zich niet bedienen van zoodanige exceptien die enkel aan de personen van sommige der overige mede-schuldenaren eigen zijn.

Art. 1323 ging derhalve uit van drie verweren: verweren die uit de aard der verbintenis voortvloeiden, gemene verweren en persoonlijke verweren. Op de eerste twee verweermiddelen – die in wezen beiden gemene verweermiddelen betroffen¹⁷ – konden alle debiteuren gelijkelijk een beroep doen jegens de crediteur. De persoonlijke verweermiddelen konden slechts door de debiteur worden ingeroepen

16 Een bijzondere verweermiddelenregeling bestond voor de borgtocht (art. 1879 lid 2 BW (oud)).

17 De driedeling van art. 1323 werd door de meeste auteurs gereduceerd tot twee. Zie bijv. Diephuis X (1886), p. 180, Opzoomer V (1879), p. 239, Hofmann (1932), p. 125, Asser-Rutten (1981), p. 98-99. Vgl. Völlmar (1952), p. 129.

‘in wiens persoon’ het verweermiddel opkwam. Met invoering van het nieuwe BW staat zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen centraal, aldus de Toelichting Meijers:

‘uiteraard zal een schuldenaar zich niet kunnen beroepen op verweermiddelen welke niet zijn verbintenis maar enkel die van een medeschuldenaar betreffen, zoals onbekwaamheid, een wilsgebrek, of een voorwaarde of tijdsbepaling waaronder alleen de medeschuldenaar zich verbond.’¹⁸

Dit neemt echter niet weg dat nog steeds een onderverdeling in gemene en persoonlijke verweermiddelen kan worden gemaakt. Er bestaan alleen geen verweermiddelen die *zonder meer* gemeen zijn; het antwoord op de vraag of een rechtsfeit een gemeen verweermiddel oplevert moet niet in het leerstuk van de hoofdelijkheid worden gezocht, maar veeleer in de *inhoud en aard* van de concrete (hoofdelijke) verbintenissen en concrete rechtsverhouding tussen hoofdelijke debiteuren.¹⁹ Wanneer bijvoorbeeld van de verbintenis van de borg jegens de crediteur wordt gezegd dat deze afhankelijk is van het bestaan, de inhoud en geldigheid van de verbintenis van de hoofdschuldenaar (art. 7:852 BW), dan is daarmee gezegd dat nietigheid van de verbintenis van de hoofdschuldenaar tot ondergang van de verbintenis uit borgtocht leidt. In een bepaalde optiek zou dit als uitzondering op het uitgangspunt van de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen kunnen worden gezien; zie ook mijn opmerkingen in paragraaf 2.5.4.2 en 3.3.3. Ik volsta hier met de opmerking dat het leerstuk van de hoofdelijkheid zich in elk geval niet verzet tegen hoofdelijkheid van afhankelijke verbintenissen, die naar hun aard gemene verweermiddelen delen. Dat de nietigheid van de verbintenis van de hoofdschuldenaar in die gevallen een ‘gemeen verweermiddel’ oplevert, is echter niet inherent aan hoofdelijkheid maar vloeit voort uit de specifieke regeling van de borgtocht. Het enige ‘verweermiddel’ dat alle debiteuren uit hoofde van hoofdelijkheid zonder meer gemeen hebben, is het verweer dat de hoofdelijke verbintenissen teniet zijn gegaan door betaling of daarmee gelijkgestelde handelingen zoals verrekening.²⁰ Zie daarover nader hoofdstuk 3.

De uitoefening van gemene verweermiddelen kan tot complicaties in de verhouding van debiteuren onderling leiden als zij niet op de hoogte zijn van het voornemen van één hunner om een beroep te doen op het verweermiddel. In dat verband dient te worden aangenomen dat debiteuren in voorkomende gevallen

18 Parl. Gesch. Boek 6, p. 95.

19 Hetzelfde geldt, zo bleek in hoofdstuk 3, voor de werking *erga omnes* van de daar behandelde rechtsfeiten.

20 Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-37.

verplicht zijn elkaar mededeling te doen van het voornemen om een verweermiddel in te roepen. Daar wil ik thans enige beschouwingen aan wijden.

5.2.5 *mededelingsplichten bij gemene verweermiddelen*

De uitoefening van gemene verweermiddelen kan tot complicaties leiden in de verhouding van debiteuren onderling als zij niet op de hoogte zijn van het voornemen van één hunner om een beroep te doen op het verweermiddel. Een voorbeeld daarvan is naar mijn mening het opschortingsrecht. In de Toelichting Meijers wordt gesteld dat een opschortingsrecht van een der debiteuren jegens de crediteur ook aan het regresrecht van een mededebiteur kan worden tegengeworpen:

‘De mogelijkheid het verweermiddel ook tegen een regresvordering in te roepen, dient eveneens te worden aangenomen ten aanzien van uit de wet voortvloeiende verweermiddelen, zoals het opschortingsrecht (...); het zou niet redelijk zijn dat de in die exceptie gelegen zekerheid aan een schuldenaar uit handen zou kunnen worden geslagen doordat zijn medeschuldenaar de schuld voldoet en vervolgens regres neemt voordat de schuldeiser zijn contraprestatie heeft voldaan.’²¹

Het betreft hier de werking van een gemeen verweermiddel. Het zal zich namelijk niet spoedig voordoen dat van twee hoofdelijk verbonden debiteuren er slechts één een beroep toekomt op een wettelijk opschortingsrecht.²² Integendeel zal het opschortingsrecht in het gros van de gevallen voortvloeien uit een contractuele rechtsverhouding tussen ten minste drie partijen, en hebben de desbetreffende debiteuren het opschortingsrecht *gemeen*. Als bijvoorbeeld de verhuurder nalaat het huurgenot te verschaffen, dan hebben medehuurders het opschortingsrecht gemeen; laat een hunner ten onrechte een beroep op het gemene verweermiddel na en voldoet deze de huurschuld, dan zal de andere medehuurder hem voorhouden dat hij ten onrechte tot betaling is overgegaan en dat hij niet mag verwachten dat de andere medehuurder meedraagt in de kosten van de onterechte huurbetaling. Dat zal zeker juist zijn indien de medehuurders na onderling overleg hadden besloten om het opschortingsrecht in te roepen. Maar als de medehuurders tegenover elkaar op geen enkele wijze over opschorting hebben gerept, dan ligt het niet aanstonds voor de hand om het verweer te honoreren dat de betalende debiteur zich ten onrechte niet op opschorting heeft beroepen. Daarvoor zal toch op zijn

21 Parl. Gesch. Boek 6, p. 114.

22 Ik beperk mij hier tot de opschortingsrechten van art. 6:52 en 6: 262 BW; betreft het een contractuele opschortingstermijn, dan is sprake van ofwel een gemeen verweermiddel ofwel ongelijke verbintenissen door opschortende termijn of voorwaarde. Daarover nader in par. 5.2.2.

minst vereist zijn dat de medehuurder die van plan is (hetgeen aan de andere huurder bekend is) de huurschuld te voldoen, ervan op de hoogte is (gesteld) dat de andere huurder zich jegens de crediteur op opschorting wenst te beroepen?

De Toelichting Meijers geeft hierover geen uitsluitel, maar in een latere fase van het wetgevingsproces is wel – zij het in ander verband – over deze kwestie gesproken. Bij behandeling van art. 6:279 BW (meerpartijenovereenkomst) wordt namelijk het geval aan de orde gesteld waarin een hoofdschuldenaar een beroep op opschorting toekomt, maar de aangesproken ‘medeschuldenaar’ niettemin tot betaling overgaat. De Minister stelt hierover:

‘De ondergetekende wil in dit verband vooropstellen dat naar zijn mening de hoofdschuldenaar die verzuimt de nodige maatregelen te nemen, opdat zijn medeschuldenaar weet dat hij van de bevoegdheid tot opschorting gebruik dient te maken, zich tegenover diens regresvordering niet op dit opschortingsrecht zal kunnen beroepen; men zie de artikelen 6.1.2.2a en 6.1.2.5 lid 4 van het gewijzigd ontwerp (art. 6:8 resp. 11 lid 4, WvB)’.²³

Ik concludeer dat hoofdelijke debiteuren die op de hoogte zijn van elkaars debiteurschap, verplicht zijn om elkaar op de hoogte te stellen van het voornemen om een opschortingsrecht tegenover de crediteur in te roepen, opdat de andere debiteuren rekening kunnen houden met een eventuele blokkering van hun regresrechten jegens de betreffende debiteur die het verweer had willen tegenwerpen.²⁴ Een hoofdelijke debiteur mag er immers op vertrouwen dat zijn betaling aan de crediteur niet het onverwachte verwijt van een mededebiteur ontmoet dat deze, zo hij zelf tot betaling zou zijn aangesproken, zeker een beroep op opschorting zou hebben gedaan. Mijns inziens brengen de tussen hoofdelijke debiteuren – die in gevallen als deze bovendien veelal in een meerpartijencontractuele rechtsverhouding tot elkaar staan – geldende eisen van redelijkheid en billijkheid de plicht met zich om mededeling te doen van het voornemen om, tot nakoming aangesproken, de opschorting in te roepen. Als gezegd bevestigt de parlementaire geschiedenis deze zienswijze.²⁵ De sanctie op niet-nakoming van de hier bepleite mededelingsplicht is dat het verweer niet aan de debiteur die tot betaling is overgegaan, kan worden tegen-
geworpen en dat het verweer niet aan diens eventuele regresrecht kan worden

23 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1048.

24 Vgl. ook art. 1879 lid 2 BW (oud), dat voor de borgtocht bepaalde: ‘Indien de borg betaald heeft, zonder daartoe in rechten te zijn aangesproken, *en zonder den hoofdschuldenaar daarvan te hebben verwittigd*, heeft hij op dezen geen verhaal, in geval die schuldenaar, op het oogenblik der betaling, gronden mogt hebben gehad om de schuld te doen vervallen verklaren; onverminderd de regtsvordering van den borg tot terugvordering tegen den schuldeischer.’ (curs. WvB)

25 Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 7, p. 432 voor het omgekeerde geval: de borg gaat tot betaling over terwijl hij weet dat de hoofdschuldenaar zich op opschorting wil beroepen. De borg kan in dat geval schadelijkt worden jegens de hoofdschuldenaar, aldus de Toelichting Meijers.

teggeworpen. Bepalingen als art. 6:11 en 7:868 BW dienen mijns inziens met inachtneming van deze beperking te worden verstaan.

Overigens blijkt uit de parlementaire geschiedenis eveneens dat ook *de crediteur* onder omstandigheden gehouden kan zijn de ene debiteur ervan op de hoogte te stellen dat de andere zich op opschorting zou willen beroepen: voor terugvordering van het aan de crediteur betaalde is dan plaats

'wanneer de schuldeiser, wetend dat de andere schuldenaar op opschorting prijs stelde, dit voor de betaler heeft verzwegen en hem zo op onbehoorlijke wijze de prestatie heeft ontfutseld'.²⁶

Hieruit kan worden afgeleid dat onder omstandigheden op de crediteur de verplichting rust om de hem bekende omstandigheden op grond waarvan een van de debiteuren weigert de gevorderde prestatie te voldoen, mede te delen aan de andere debiteur.²⁷

Kan ook een mededelingsplicht worden aangenomen ten aanzien van het voornemen om de overeenkomst waaruit de hoofdelijkheid is voortgekomen, te vernietigen of ontbinden? Indien in een concreet geval twee debiteuren deze beëindigingswijzen gelijkelijk kunnen inroepen, dan zal reeds uit hun contractuele rechtsverhouding een dergelijke verplichting kunnen voortvloeien. Zij kan ook op de aanvullende werking van redelijkheid en billijkheid ex art. 6:8 BW worden gegrond. Ik kom op dit punt terug in paragraaf 5.3.2, alwaar de gevolgen van ontbinding en vernietiging aan de orde komen.

5.2.6 *het gecompliceerde verrekeningsverweer*

In de voorgaande paragraaf kwam aan de orde het geval waarin een debiteur die tot regresbetalingen wordt aangesproken, zich verweert met de stelling dat hij, zo *hij* door de crediteur tot betaling zou zijn aangesproken, zeker een beroep op opschorting zou hebben gedaan. Ik concludeerde dat het te ver voert om dit verweer dat in een denkbeeldige situatie zou zijn gevoerd, altijd te honoreren. Immers, zo stelde ik, wanneer het een gemeen verweermiddel betreft, dan zijn de debiteuren uit hoofde van hun bijzondere (contractuele) rechtsverhouding verplicht om elkaar op de hoogte te stellen van hun voornemen om het verweer in te roepen.

Gecompliceerder is de doorwerking van het *persoonlijke* verweer van de verrekening, zoals dat in de denkbeeldige situatie zou zijn gevoerd. Van de verrekening is onbetwist dat *als* er jegens de crediteur een beroep op *is* gedaan

26 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1049.

27 Bovendien kan uit het voorbeeld worden afgeleid dat het opschortingsrecht inderdaad als gemeen verweermiddel wordt gezien; men kan de crediteur immers alleen dan 'ontfutseling' verwijten als de aangesproken debiteur de mogelijkheid had om de opschorting te zijnen behoeve in te roepen.

door een van de debiteuren, zij gelijkgesteld wordt met (deel)betaling: de andere debiteuren worden jegens de crediteur bevrijd. Zie daarover paragraaf 3.2.3. Maar wat te denken van het geval dat een ander dan de verrekeningsbevoegde debiteur de hoofdelijk verschuldigde prestatie verrichtte? Stel bijvoorbeeld dat debiteur A de hoofdelijk verschuldigde geldsom betaalt, vervolgens regres wil nemen op de draagplichtige mededebiteur B, en deze zich verweert met de stelling dat hij, *als hij* door de crediteur tot betaling zou zijn aangesproken, zich op verrekening *zou* hebben beroepen.²⁸ Mijns inziens is dit een verweer in de zin van art. 6:11 lid 1 BW.²⁹ Weliswaar is verrekening in de eerste plaats een wijze van betaling van een schuld, en in zoverre geen verweer tegen de nakomingsvordering, maar de bevoegdheid om te verrekenen is tegelijkertijd een wijze van inning van een vordering; daarin is de zekerheid en het inningsgemak van verrekening gelegen. Zou men de verrekeningsbevoegdheid niet kwalificeren als verweer in de zin van art. 6:11, dan zou het bestaan van hoofdelijkheid en betaling door de andere hoofdelijke debiteur altijd tot verlies van verrekeningsbevoegdheid leiden. Dat lijkt mij een onwenselijk want te algemeen luidend rechtsgevolg, dat niet de mogelijkheid openlaat om onderscheid te maken tussen interne rechtsverhoudingen waarin een verrekeningsverweer wel gevoerd zou moeten kunnen worden en die waarin het verweer 'niet thuis hoort'. Gesteld dan dat verrekeningsbevoegdheid een verweer in de zin van art. 6:11 is, hoe werkt dat verweer dan door in de interne verhoudingen?

Als men er vanuit gaat dat de debiteur altijd het verweer kan voeren dat hij de verrekening zou hebben ingeroepen, dan raakt de debiteur die daadwerkelijk betaalde beklemd: hij heeft – zo lijkt het – verschuldigd betaald aan de crediteur, maar zijn regres op de draagplichtige debiteur stuit af op het verweer van de verrekeningsbevoegdheid. Aan die consequentie kan worden ontkomen door de hierna uiteen te zetten constructie, die weliswaar gekunsteld aandoet (en misschien niet altijd tot redelijke resultaten voert) maar in elk geval de gesignaleerde beklemming verhelpt. Men zou namelijk kunnen stellen dat de debiteur die het verrekeningsverweer wenst te voeren, tegenover de regreszoekende debiteur verplicht is om de verrekeningsverklaring als bedoeld in art. 6:127 BW tegenover de crediteur af te leggen. Deze verklaring heeft terugwerkende kracht (art. 6:129 BW), en achteraf bezien is het dan niet de regreszoekende debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft verricht, maar de verrekeningsbevoegde debiteur. De regreszoekende debiteur heeft in deze constructie achteraf bezien onverschuldigd

28 Is B daadwerkelijk tot betaling aangesproken en heeft hij zich niet op verrekening beroepen, dan kan hij het verrekeningsverweer m.i. niet voeren tegen de regreszoekende debiteur.

29 Vgl. Korthals Altes (1933), p. 46. Naar het lijkt in andere zin: Parl. Gesch. Boek 7, p. 431.

betaald, en hij kan het betaalde als zodanig terugvorderen van de crediteur.³⁰ Hij alleen draagt in deze constructie dus het risico van insolventie van de crediteur.

Een soortgelijk resultaat zou worden bereikt als men niet zozeer aanknoopt bij de terugwerkende kracht van de verrekeningsverklaring, maar meer het accent legt op de ongerechtvaardigde verrijking van de crediteur die het gevolg is van de cumulatie van de ontvangst van de prestatie enerzijds en de bevrijding van zijn eigen schuld door de verrekening anderzijds. Hij wordt zonder enige rechtvaardiging ten koste van de beklemd debiteur verrijkt. Deze zou op grond van art. 6:212 BW schadevergoeding van de crediteur kunnen vorderen. Ook in deze constructie is het overigens de betalende debiteur die het risico van insolventie van de crediteur draagt.

Is het juist om de regreszoekende debiteur te belasten met de terugvorderingsperikelen die uit deze constructies kunnen voortvloeien? Ik denk dat het antwoord voornamelijk moet worden gezocht in de concrete rechtsverhouding tussen de debiteuren onderling; art. 6:11 lid 4 BW kiest dezelfde benadering. Zo kan worden gekeken naar de omstandigheden waaronder de betaling plaatsvond: was de verrekeningsbevoegde debiteur daadwerkelijk tot betaling aangesproken, en deed hij bij die gelegenheid geen beroep op de verrekeningsbevoegdheid, dan kan hij het verweer uiteraard niet achteraf aan de regreszoekende debiteur tegenwerpen. Dat zou ik in beginsel ook willen aannemen voor het geval de verrekeningsbevoegde debiteur ervan op de hoogte was (gesteld) dat de andere debiteur tot betaling werd aangesproken, en hij niettemin niet spontaan de crediteur betaling door verrekening aanbood.³¹ In paragraaf 3.2.3 sprak ik al uitgebreider over deze en dergelijke plichten jegens mededebiteuren om tot verrekening met de crediteur over te gaan. Schending van dergelijke plichten leidt er in elk geval toe dat als een andere debiteur tot betaling is overgegaan, de verrekeningsbevoegde debiteur tegen het regres geen doorwerking van het verrekeningsverweer kan aanvoeren.

Voorts kan uit de bijzondere (contractuele) rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren volgen dat het verrekeningsverweer geen interne doorwerking heeft, bijvoorbeeld omdat dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn (art. 6:8 j° art. 6:2 of art. 6:248 BW), of omdat dit in strijd zou zijn met de door de wetgever beoogde bijzondere bescherming van een der debiteuren (zie bijv. art. 6:170 lid 3 en art. 7:661 BW). Bovendien kan uit de bijzondere rechtsverhouding tussen de debiteuren voortvloeien dat zij het risico dat de crediteur de betaling niet restitueert, moeten *verdelen*.

30 Zie over deze constructie naar Duits recht Von Olshausen (1988), p. 343-346 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 86-87. Vgl. Korthals Altes (1933), p. 46-47.

31 Vergelijk in dit verband ook art. 7:852 lid 2 BW, dat de borg een korte opschortingstermijn tegenover de crediteur gunt teneinde ruggespraak met de hoofdschuldenaar te houden; deze kan dan beslissen of hij de vernietiging tegenover de crediteur inroept of niet.

Ontbreekt een bijzondere rechtsverhouding tussen de debiteuren, dan kan – behoudens de hiervoor geschetste gevallen – het verrekeningsverweer naar mijn mening worden gevoerd. Als gezegd is het resultaat dat de debiteur die het verweer tegengeworpen krijgt, van de crediteur gedaan moet zien te krijgen dat deze tot restitutie overgaat. Hierin kan een gelijkenis worden gezien met de situatie die zich voordoet als de debitor cessus op grond van art. 6:130 BW aan de cessionaris de verrekening tegenwerpt met een vordering op de cedent: de cessionaris moet zijn schade maar zien te verhalen op de cedent. Ik maak deze vergelijking met de cessie (of ook: subrogatie), omdat naar mijn mening bij het ontbreken van een bijzondere rechtsverhouding onder de hoofdelijke debiteuren de werking van de verweermiddelregeling van art. 6:11 BW het sterkst is. De toevallige mededebiteuren die op grond van art. 6:102 BW hoofdelijk aansprakelijk zijn, kunnen daarom naar mijn mening in beginsel het verrekeningsverweer voeren. Daarbij kan mijns inziens art. 6:130 BW analoog worden toegepast. De verrekeningsbevoegde debiteur die tot het doen van een regresbijdrage wordt aangesproken, kan het verrekeningsverweer voeren als hij de verrekening jegens de crediteur zou hebben kunnen invoeren op het moment van betaling door de andere debiteur.³²

Vermelding verdient nog dat een debiteur die door de crediteur tot betaling wordt aangesproken, op grond van analoge toepassing van art. 6:139 BW betaling mag opschorten indien de crediteur de bevoegdheid toekomt om de hoofdelijke prestatie te verrekenen met een schuld die hij heeft aan een andere hoofdelijke debiteur, indien en voor zover deze laatste intern draagplichtig is. Zie nader paragraaf 3.2.3.

5.2.7 *conclusie: verweermiddelen en debiteurenbescherming*

De vraag naar interne doorwerking van externe verweermiddelen is in feite de vraag naar het rechtskarakter van het regresrecht. In paragraaf 4.4.1 werd benadrukt dat het regresrecht van art. 6:10 BW een zelfstandig wettelijk verhaalsrecht is, dat van origine ontstaat in het vermogen van de debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht waarvoor hij niet of slechts gedeeltelijk draagplichtig is. De historische wortels van het regresrecht van art. 6:10 zijn weliswaar gelegen in cessie- en subrogatie-rechtsfiguren (zie daarover paragraaf 4.2), maar het is algemeen aanvaard dat het regresrecht van art. 6:10 zelfstandig karakter toekomt. Zou men die zelfstandigheid evenwel onbeperkt doorvoeren, dan is veronachtzaming van de belangen van de andere debiteuren het gevolg. In bepaalde gevallen zal een debiteur tegen het zelfstandige regresrecht van zijn mededebiteur moeten

32 Dat spoort ook met de terugwerkende kracht van art. 6:129 BW. Zou de verrekeningsbevoegdheid pas zijn ontstaan nadat de andere debiteur had betaald, dan zou de terugwerkende kracht er niet toe leiden dat de andere debiteur achteraf gezien onverschuldigd had betaald: zijn betaling was dan immers 'de eerste'.

worden 'beschermd', bijvoorbeeld wanneer de hoofdelijkheid buiten zijn medewerking ontstond en uitoefening van het regresrecht hem in een nadeliger positie zou brengen dan hij tegenover de crediteur innam. In zekere zin belichaamt art. 6:11 BW deze beschermingsgedachte.³³ Zo mag de debiteur die van oorsprong de enige debiteur is, er op vertrouwen dat wanneer een andere persoon zich met hem blijkt te hebben verbonden en deze aan de crediteur heeft betaald, hij daardoor niet in een slechtere positie komt te verkeren dan wanneer hij zelf door de crediteur tot betaling zou zijn aangesproken. In paragraaf 5.2.2 kwam dit reeds naar voren.

Uiteraard is deze beschermingsgedachte ontleend aan hetgeen van oudsher uit hoofde van de 'nemo plus'-regel bij cessie en subrogatie geldt,³⁴ maar meer dan bij deze figuren is de mate van bescherming van de hoofdelijke debiteur afhankelijk van zijn verhouding tot de medebiteuren. Ontbreekt een bijzondere rechtsband tussen de hoofdelijke debiteuren, dan ligt voor de hand aan te nemen dat de regreszoekende debiteur een positie inneemt die vergelijkbaar is met die van een cessionaris, tegen wie bepaalde verweren kunnen worden ingeroepen die aan de rechtsverhouding met de oorspronkelijke crediteur worden ontleend. Zie met name de complicaties die ik in paragraaf 5.2.6 schetste met betrekking tot het verrekeningsverweer.

De mededebiteur is echter lang niet altijd de 'cessionaris' die zich alle verweren moet laten welgevalen die de andere debiteur tegenover de crediteur kon voeren. Hebben de debiteuren zich bijvoorbeeld bij meerpartijencontract tegenover de crediteur verbonden, dan ligt een minder vergaande bescherming voor de hand. De debiteuren staan in dergelijke gevallen reeds uit hoofde van hun contractuele rechtsband in een bijzondere verhouding tot elkaar, die een grotere 'lotsverbondenheid' rechtvaardigt en daarmee minder sterke doorwerking van verweermiddelen. In ieder geval leidt een dergelijke bijzondere rechtsverhouding tot bijzondere mededelingsplichten.³⁵ Over de gevolgen van ontbinding en vernietiging tussen 'lotsverbonden' hoofdelijke debiteuren zal ik hierna in paragraaf 5.3.2 komen te spreken.

Het beschermingsmes van art. 6:11 BW snijdt aan twee zijden: de regreszoekende debiteur kan een verweer tegengeworpen krijgen, maar soms kan hij er ook *zelf* een verweer aan ontlelen. De debiteur wordt namelijk beschermd in zijn regresrechten door het uitgangspunt dat afspraken tussen de crediteur en een andere debiteur geen werking ten nadele van derden kunnen hebben. Het is deze gedachte

33 Vgl. art. 7:868 BW voor de borgtocht.

34 Zie art. 6:145 BW, waarover Asser-Hartkamp I (1996), nr. 569, Mon. Nieuw BW B-44 (Van Marwijk Kooij), p. 11 e.v. Zie over de nemo plus-regel in verband met regres Von Olshausen (1988), p. 332.

35 Vergelijk in dat verband bijvoorbeeld paragraaf 5.2.5. Uit hetgeen in die paragraaf is beschreven, kan een verband worden afgeleid tussen het bestaan van een contractuele rechtsband en mededelingsplichten.

die in art. 6:11 lid 2 en art. 6:14 BW tot uitdrukking komt, waar deze bepalen dat posterieure rechtshandelingen verricht door een van de debiteuren met de crediteur, geen afbreuk kunnen doen aan eventuele regresrechten van mededebiteuren. Dit kwam in paragraaf 5.2.3 naar voren. Ik zal hierna in paragraaf 5.3.3 nader ingaan op de interne doorwerking van de met de crediteur getroffen afstand, schikking of betalingsregeling.

5.3 Verstoring van de rechtsverhoudingen door een rechtshandeling

5.3.1 inleiding

Na deze algemene beschouwingen over verweermiddelen lijkt het zinvol een aantal specifieke rechtsfeiten onder de loep te nemen die tot verstoring van de rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid leiden. Daarbij zal ik de uitgangspunten toepassen die aan art. 6:11 BW ten grondslag lijken te liggen. Dat is overigens gemakkelijker opgeschreven dan uitgevoerd, want bij het opstellen van art. 6:11 is blijkens de parlementaire geschiedenis voornamelijk gedacht aan de tegenwerping aan een mededebiteur van contractuele verweermiddelen die de aangesproken debiteur aan de crediteur zou kunnen tegenwerpen, zoals ontbinding, opschorting, termijnen en voorwaarden. Onduidelijk is of de wetgever ook het oog heeft gehad op andere oorzaken van verstoring van de rechtsverhoudingen, zoals wettelijk of rechterlijk ingrijpen in de hoofdelijkheidsband. Rechterlijke matiging en wettelijke limitering of uitsluiting van aansprakelijkheid zullen onmiskenbaar gevolgen hebben voor de hoofdelijkheidsband; art. 6:11 geeft helaas niet duidelijk aan welke gevolgen. Gegeven deze onduidelijkheden, zal ik in deze paragraaf 5.3 de werking van verweermiddelen die uit contract voortvloeien nader onderzoeken, en in paragraaf 5.4 de verstoring van de rechtsverhoudingen die uit rechterlijk of wettelijk ingrijpen volgt. Deze onderverdeling in rechtshandelingen enerzijds en wettelijk of rechterlijk ingrijpen anderzijds wordt gerechtvaardigd door de omstandigheid – zoals ik hierna tracht aan te tonen – dat aan deze twee categorieën om uiteenlopende redenen bepaalde rechtsgevolgen zijn verbonden.

5.3.2 ontbinding en vernietiging

Als de hoofdelijkheid voortvloeit uit een meerszijdige rechtshandeling waarbij meer personen zich tot dezelfde prestatie hebben verplicht, zoals het geval kan zijn bij een meerpartijencontract – dat bijvoorbeeld kan ontstaan na aanvaarding van een derdenbeding – dan is uiteraard de vraag welke gevolgen de ontbinding (of opzegging) danwel vernietiging van het contract heeft voor de hoofdelijkheid. Als

van twee contractueel hoofdelijk verbonden medehuurlers³⁶ er een de huurovereenkomst wegens wanprestatie van de verhuurder ontbindt, welke gevolgen heeft dat dan voor de rechtsverhouding tussen de 'overblijvende' huurder en de verhuurder? Stelt men de onafhankelijkheid van elk van de rechtsverhoudingen tegenover de verhuurder centraal, dan zal duidelijk zijn dat het huurcontract gewoon voortduurt tussen de 'overblijvende' partijen. De overblijvende huurder zal tot betaling van de gehele huursom verplicht blijven, tenzij ook hij door ontbinding zijn contractuele rechtsverhouding tot de verhuurder weet te beëindigen.³⁷

Bij de hoofdelijkheidsfiguur is weliswaar gekozen voor onafhankelijkheid van verbintenissen, maar de vraag of na ontbinding door de ene medehuurler het huurcontract voortduurt tussen verhuurder en de andere huurder, is in veel gevallen niet zozeer een vraag van hoofdelijkheid. Veeleer is het antwoord gelegen in aard, inhoud en strekking van de betreffende meerpartijenovereenkomst. Het uitgangspunt van de onafhankelijkheid der verbintenissen moet in elk geval worden verlaten indien de verbintenissen van de hoofdelijke debiteuren in een zodanig onverbreekelijk verband met elkaar staan dat het wegvallen van de ene verbintenis de andere aantast. Dat verband is het duidelijkst aanwezig bij de afhankelijke verbintenis, zoals die van de borg.³⁸ Maar ook buiten de gevallen van strikte afhankelijkheid kan de verbintenis met het oog op de andere (hoofdelijke) verbintenis zijn aangegaan, zodat zij zonder elkaar ondenkbaar zijn. In dat geval moet het wegvallen van de ene verbintenis mede beëindiging van de andere ten gevolge hebben.³⁹ Of van een dergelijke verbondenheid sprake is, zal aan de hand van de uitleg van de betreffende rechtsverhoudingen in het licht van de omstandigheden moeten worden vastgesteld.⁴⁰ In voorkomende gevallen heeft ontbinding of vernietiging in de ene rechtsverhouding hetzelfde rechtsgevolg in de andere rechtsverhouding.⁴¹ Is geen sprake van een zodanige verbondenheid, dan wil dat niet zeggen dat het tenietgaan van de ene verbintenis zonder gevolgen blijft voor de verbintenissen tussen de crediteur en de andere debiteuren. Het tenietgaan kan namelijk wijziging van de overeenkomst op grond art. 6:258 BW

36 In HR 6-10-1989, NJ 1990, 184 nt. PAS werd beslist dat contractuele medehuurlers hoofdelijk verbonden zijn jegens de verhuurder.

37 Vgl. P.A. Stein onder HR 6-10-1989, NJ 1990, 184. Het is overigens niet ondenkbaar dat het 'wegvallen' van de ene huurder, een onvoorziene omstandigheid in de zin van art. 6:258 BW voor de andere huurder oplevert in zijn rechtsverhouding tot de verhuurder.

38 Dit volgt uit het stelsel van art. 7:851-853 BW.

39 Hier kan men m.i. een vergelijking maken met de onverbreekelijkheidstoets van art. 3:41 BW.

40 Zie HR 23-1-1998, RvdW 1998, 30 (Jans/Fiat Credit Nederland). Vgl. Leonhard (1929), p. 718 en Jac. Hijma, *Nietigheid en vernietigbaarheid van rechtshandelingen*, diss. Leiden 1988, p. 219, p. 261.

41 Zo ook Loeff (1891), p. 185-187, ten aanzien van de gevolgen van vernietiging wegens handelingsonbekwaamheid van een der debiteuren voor de overige verbintenissen.

of een beroep op de beperkende werking van redelijkheid en billijkheid rechtvaardigen.⁴²

Welke gevolgen de vernietiging en ontbinding voor de verhouding tussen de debiteuren onderling hebben, is wederom veeleer een kwestie die thuishoort in een verhandeling over de meerpartijenovereenkomst dan in een die hoofdelijkheid betreft. Bij de totstandkoming van de artikelen 6:10 en 11 BW verdedigt de regering niettemin de opvatting dat hoofdelijke debiteuren onderling het verweer kunnen voeren dat geen hoofdelijkheid bestond ten tijde van betaling als gevolg van een eerdere ontbinding of vernietiging van de overeenkomst waarop de gebondenheid van de aangesproken debiteur jegens de schuldeiser berustte.⁴³ Mijns inziens is dit een te algemene uitspraak. Waarschijnlijk heeft de wetgever gemeend dat ontbinding en vernietiging de rechtsband tussen debiteuren en crediteur (al dan niet met terugwerkende kracht) slaakt en dat dientengevolge, bij gebreke van hoofdelijkheid, een regresverhouding tussen debiteuren onderling ontbreekt. Bij nadere beschouwing blijkt deze opvatting slechts gedeeltelijk hout te snijden. Zo heeft vernietiging weliswaar terugwerkende kracht (art. 3:53 BW), en worden de door de vernietiging getroffen verbintenissen geacht nooit te hebben bestaan, maar dat wil geenszins zeggen dat het bestaan van de rechtsverhouding die zich in de periode tussen ontstaan van de verbintenissen en vernietiging heeft voorgedaan, geheel kan worden ontkend. Hetgeen in de tussengelegen periode krachtens de desbetreffende verbintenissen aan de crediteur is gepresteerd, moet bijvoorbeeld ongedaan gemaakt worden (art. 6:271 resp. 6:203 e.v. BW). Deze fundamentele regel werkt door in hoofdelijkheidsverhoudingen. Zoals partijen na ontbinding en vernietiging tot ongedaanmaking verplicht zijn, zijn hoofdelijke debiteuren onderling ook tot 'ongedaanmaking' gehouden.

In de klassieke opvatting – die ook door de regering wordt aangehangen – leidt terugwerkende kracht van de vernietiging ertoe dat tussentijdse betaling door een hoofdelijke debiteur achteraf gezien onverschuldigd plaatsvond en dat die debiteur geen regresrechten toekwam. Strikte doorvoering van deze terugwerkende kracht leidt tot evenzoveel restitutieverbintenissen als er betalingen aan de crediteur en regresbetalingen onder debiteuren onderling hebben plaatsgehad. De betalende debiteur moet de actie uit onverschuldigde betaling jegens de crediteur instellen; de mededebiteur op wie nog geen regres was genomen blijft echter geheel buiten schot en draagt bijvoorbeeld niet mee in het risico dat de crediteur niet tot restitutie

42 Vgl. voor Duits recht Münch. Komm. § 425 rdnr. 1, RGRK § 425 rdnr. 8, Erman § 425 rdnr. 6 i.f., Larenz I, p. 639, Selb (1984), p. 80-81, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 46. Voor opzegging van duurovereenkomsten geldt min of meer dezelfde regel; zie Münch. Komm. § 425 rdnr. 4, Selb (1984), p. 79 en Prediger (1988), p. 20-22.

43 Parl. Gesch. Boek 6, p. 113, p. 115. Vgl. Asser-Hartkamp I (1996), nr. 120 en Schoordijk (1979), p. 87-88.

overgaat.⁴⁴ In paragraaf 4.8.5 gaf ik reeds aan dat deze benadering niet in alle gevallen de meest efficiënte en rechtvaardige oplossing biedt; in die paragraaf betrof het de betaling door een pseudo-debiteur die ten onrechte meende tot betaling te zijn gehouden. Hier betreft het betaling gevolgd door vernietiging, maar het probleem is vergelijkbaar. Stel dat twee contractuele mededebiteuren A en B voor 1/3 respectievelijk 2/3 intern draagplichtig zijn; na voldoening door A van de hoofdelijk verschuldigde prestatie, maar voordat regres op B kan worden genomen, wordt de overeenkomst vernietigd. De wederpartij blijkt insolvent en restitutie blijft uit. Zou A nu voor 2/3 regres willen nemen op B, dan zou deze zich in de klassieke benadering kunnen verweren met de stelling dat bij gebreke van hoofdelijkheid geen regres bestaat. Dit verweer steunt slechts op de terugwerkende kracht van de vernietiging. Het gaat dan ook niet op als in plaats van vernietiging ontbinding heeft plaatsgevonden. Dat is opmerkelijk, omdat in de verhouding tussen de hoofdelijke debiteuren betrekkelijk onverschillig dient te blijven of vernietiging danwel ontbinding heeft plaatsgevonden. De regering tracht de verschillende uitkomsten enigszins weg te poetsen door ten aanzien van de ontbinding te overwegen dat uit de onderlinge, veelal contractuele rechtsverhouding tussen de debiteuren wel zal volgen dat de debiteur die de schuld heeft voldaan, na ontbinding eerst zal moeten trachten het betaalde van de crediteur terug te krijgen voordat hij zijn regresrecht op de mededebiteuren kan uitoefenen.⁴⁵ Ik kan mij in zoverre in deze gedachtengang vinden, dat ook ik geloof dat men de oplossing van de geschetste problemen beter niet kan zoeken in de al dan niet terugwerkende kracht van de beëindiging van het contract. Doorslaggevend moet zijn hetgeen tussen (contractueel) medeverbonden debiteuren op grond van hun specifieke rechtsverhouding betaamt. Deze rechtsverhouding kan met zich brengen dat ook in het geval van vernietiging – en dus niet alleen bij ontbinding! – van de overeenkomst B meedraagt in de gevolgen van insolventie van de crediteur.⁴⁶ Heeft A eerst getracht de restitutievordering op de crediteur geldend te maken, dan kan hij mogelijk daarna ‘regres’ op B nemen.

Soortgelijke overwegingen gelden in het geval een van de debiteuren kosten voor het gemenebest heeft gemaakt, en daarna vernietiging plaatsvindt. Stel

44 Parl. Gesch. Boek 6, p. 112, p. 115. Vgl. ook art. 7:852 lid 2 BW, dat in verband met dit incassorisico aan de borg een tijdelijk opschortingsrecht toekent. Zie Parl. Gesch. Boek 7, p. 431-432.

45 Parl. Gesch. Boek 6, p. 112. Blijkbaar geldt dit niet bij borgtocht: de borg kan, indien hij voor ontbinding heeft betaald, ook nog na ontbinding gewoon regres nemen op de hoofdschuldenaar; die zal maar moeten proberen om restitutie van de crediteur te krijgen, aldus Parl. Gesch. Boek 7, p. 432.

46 Vgl. t.a.v. het ‘regres’ van de borg op de hoofdschuldenaar ingeval van ontbinding van de overeenkomst tussen hoofdschuldenaar en crediteur Parl. Gesch. Boek 7, p. 468 en Blomkwist (1998), p. 61-62. Vgl. ook Parl. Gesch. Boek 7, p. 432. Zie ook nog M.C. Campbell, *Protection against indirect attack*, in: *Harvard legal essays in honor of J.H. Beale and S. Williston*, Cambridge Mass. 1934, p. 7 e.v.

bijvoorbeeld dat twee personen een zaak kopen en uit hoofde van de overeenkomst hoofdelijk tot betaling van de koopprijs gehouden zijn. De zaak voldoet niet en de kopers gaan over tot buitengerechterlijke vernietiging van de overeenkomst; zij weigeren betaling van de koopprijs. De verkoper betwist de vernietiging en vordert van een hunner in rechte nakoming van de overeenkomst. Een van de hoofdelijke debiteuren neemt de kosten en moeite van een rechtszaak op zich. De rechtszaak eindigt met verklaring voor recht dat terecht vernietiging heeft plaatsgevonden. De debiteur die (het onverhaalbare deel van) de proceskosten heeft voldaan, wil deze op zijn mededebiteur verhalen op grond van art. 6:10 lid 3 BW. Deze verweert zich met de stelling dat door de terugwerkende kracht van de vernietiging (art. 3:53 BW) nimmer sprake is geweest van hoofdelijkheid en dat derhalve geen sprake kan zijn van enig recht uit art. 6:10 BW. Zou men dit verweer inderdaad honoreren, dan plaatst men de ficties van een dogmatisch leerstuk, dat van de terugwerkende kracht der vernietiging, boven de realiteit dat voorafgaande aan de vernietiging wel degelijk een hoofdelijkheidsverhouding heeft bestaan tussen de debiteuren die ook nadien tot toepassing van art. 6:10 lid 3 BW noopt. Die realiteit wordt voor wat betreft de verhouding tussen debiteuren en crediteur in het wettelijk stelsel voldoende recht gedaan met restitutieverbintenissen (art. 6:202 e.v. BW), maar voor de verhouding tussen debiteuren onderling is eigenlijk geen regeling getroffen. In paragraaf 4.7.3 en 4.8.5 kwamen vergelijkbare problemen, zij het in andere context, aan de orde. Daar stelde ik vast dat art. 6:10 BW bij gebreke van hoofdelijkheid weliswaar niet rechtstreeks kan werken,⁴⁷ maar dat het – eventueel met behulp van verrijkings- of zaakwaarnemingsactie – overeenkomstig toegepast zou moeten worden. Hier moet hetzelfde worden bepleit voor de interne verhouding van debiteuren na vernietiging van de overeenkomst waar de hoofdelijkheid uit voortvloeide.⁴⁸

Een ander probleem dat met ontbinding en vernietiging samenhangt, is de vraag of hoofdelijke debiteuren verplicht zijn om aan elkaar mededeling te doen van het voornemen om de ontbinding of vernietiging in te roepen. Ook hier zal het antwoord gevonden kunnen worden in de specifieke (meerpartijen)contractuele rechtsverhouding tussen de debiteuren; ik denk overigens dat er veel voor te zeggen is om een dergelijke verplichting aan te nemen.⁴⁹ Stel dat de debiteuren A en B het gemene verweermiddel van de vernietiging kunnen inroepen, en dat alleen A overweegt dit te doen. Zou B, tot betaling aangesproken, hiertoe overgaan en zou A de overeenkomst nadien vernietigen, dan zou in de benadering van de wetgever

47 Mogelijk doelt ook Asser-Hartkamp I (1996), nr. 120, op zodanige mitigering van de terugwerkende kracht, waar hij noemt de artikelen 3:53, 54, 6:198 en (lees:) 6:202 BW.

48 In vergelijkbare zin Von Olshausen (1988), p. 171-173.

49 Zie ook art. 7:852 lid 2 BW.

B ófwel ook tot vernietiging moeten overgaan⁵⁰ en het betaalde als onverschuldigd betaald moeten terugvorderen van de crediteur, ofwel trachten om, niettegenstaande de vernietiging door A, regres op A te nemen (zie mijn betoog eerder in deze paragraaf). Beide wegen zijn niet zonder gevaar: de eerste weg legt het risico van insolventie van de crediteur bij B, de mogelijkheid van de tweede weg is geheel afhankelijk van hetgeen tussen A en B op grond van hun specifieke rechtsverhouding geldt. Had B evenwel voor betaling geweten dat A tot vernietiging zou overgaan, dan zou hij mogelijk hebben besloten om betaling te weigeren en ook tot vernietiging over te gaan. Het aannemen van een mededelingsplicht van A zou ertoe strekken te voorkomen dat B met deze problemen wordt opgezadeld. Of een debiteur in voorkomende gevallen tot dergelijke mededelingen is gehouden, wordt als gezegd bepaald door (uitleg van) de (meerpartijen)contractuele rechtsverhouding tussen de debiteuren.

5.3.3 *kwijtschelding, schikking en betalingsregeling*

Mededebiteuren komt in beginsel geen beroep toe op een kwijtschelding, schikking of betalingsregeling (hierna gezamenlijk te noemen: afstand) die de crediteur heeft getroffen met een van de debiteuren. Hun verbintenissen blijven in beginsel ongewijzigd voortbestaan.⁵¹ Zij worden echter evenmin benadeeld door de afstand, omdat zij nu eenmaal niet betrokken waren bij de totstandkoming ervan. Dit uitgangspunt is verwoord in art. 6:14 en art. 6:11 lid 2 BW. Uitzonderingen op dit uitgangspunt kunnen zich voordoen als de verbintenissen van de resterende debiteuren subsidiair of afhankelijk van aard zijn, of als de afstand ten behoeve van alle debiteuren plaatsvond. Zie daarover uitgebreid paragraaf 3.3.

Betreft de afstand slechts een van de verbintenissen, dan ontstaat een verstoring van de rechtsverhoudingen: de crediteur heeft tegenover één van de debiteuren afstand van zijn vorderingsrecht gedaan, terwijl de andere verbintenissen ongewijzigd blijven voortbestaan. Onder oud recht bleven de resterende verbintenissen volgens de letter van de wet niet ongewijzigd voortbestaan, maar vervielen geheel (art. 1460 BW (oud)) of werden eventueel verminderd in evenredigheid met de interne bijdrageplicht van de bevrijde debiteur (art. 1476 BW (oud)). In 1988 werden deze bepalingen niettemin door de Hoge Raad zonder voorbehoud naar de schroothoop van obsoleete wetsbepalingen verbannen. Zie daarover paragraaf 3.3.2. De Hoge Raad stelde voorop dat uitleg van de afstand en eventueel daardoor gewekt vertrouwen doorslaggevend zijn. Toch is de gedachte

50 Tenzij sprake is van afhankelijkheid of verbondenheid als bedoeld in HR 23-1-1998, RvdW 1998, 30 (Jans/Fiat Credit Nederland), die ertoe leidt dat vernietiging door de ene debiteur van rechtswege verval van de verplichtingen van de ander teweegbrengt.

51 Mon. NBW A-6a (Tjittes), nr. 28. Voor Duits recht geldt hetzelfde; zie Schulz (1907), p. 78, Stauder (1964), p. 21, Weitnauer (1978), p. 387, BGH 11-6-1992, NJW 1992, p. 2286.

dat afstand tegenover de ene debiteur van rechtswege een evenredige vermindering in de resterende verbintenissen teweegbrengt, in andere landen niet onbekend. Uiteraard treft men haar aan in het Franse recht, maar bijvoorbeeld ook in de Verenigde Staten.

De Amerikaanse rechtsontwikkeling is wat dit betreft instructief, omdat deze in bepaald opzicht getuigt van een meer instrumentele dan principiële benadering van de 'release' (met name in verband met schikkingen) bij 'joint and several liability'. Bovendien biedt zij een fraaie illustratie van de belangentegenstellingen bij hoofdelijke aansprakelijkheid.⁵² Tot in de jaren vijftig van deze eeuw kwam aan een schikking met een debiteur geen werking toe tegenover de andere debiteuren: deze bleven volledig aansprakelijk en zij konden gewoon regres nemen op de debiteur die de schikking had getroffen.⁵³ Nadien is in een aantal jurisdicties een andere regeling ingevoerd waarmee uitdrukkelijk werd beoogd de 'incentive' voor debiteuren om te schikken te vergroten. In deze stelsels wordt de omvang van de aansprakelijkheid van de debiteur die een schikking aangaat, geheel beheerst door de schikking. De schikking bepaalt in beginsel (ook voor eventuele regresrechten) het maximaal op hem te verhalen bedrag, terwijl de omvang van de aansprakelijkheid van de andere debiteuren tegenover de crediteur door de schikking werd gereduceerd met het hoogste van de volgende bedragen: ófwel het bedrag van de schikking ófwel het bedrag dat daadwerkelijk werd uitbetaald op grond van de schikking.⁵⁴ Het voornaamste bezwaar tegen dit stelsel is dat de debiteuren die niet bij de schikking betrokken zijn, wél kunnen worden benadeeld door de schikking. Het gevaar van samenspanning noopte daarom tot een 'good faith'-toetsing van het gedrag van de schikkende partijen.⁵⁵ Maar ook als partijen te goeder trouw schikken voor een bedrag dat lager is dan de werkelijk verschuldigde geldsom, worden de andere debiteuren benadeeld. Inmiddels is in een groot aantal deelstaten daarom vastgelegd dat de schikkende debiteur weliswaar intern wordt vrijgesteld van regres, maar dat de omvang van de hoofdelijke aansprakelijkheid van de resterende debiteuren wordt gereduceerd met het bedrag dat de schikkende debiteur – de schikking weggedacht – intern draagplichtig is.⁵⁶ In dit stelsel beslist

52 Zie over e.e.a. bijv. John G. Fleming, 30 HASTINGS L.J. (1979), p. 1494 e.v. en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-43 e.v.

53 Vermelding verdient dat de common law-regel dat schikking met de ene 'common debtor' alle debiteuren bevrijdde (omdat het nu eenmaal een en dezelfde vordering was), reeds in het begin van deze eeuw door de meeste Amerikaanse deelstaat-wetgevers werd afgeschaft. Zie Weir (1976), § 12-99, Prosser en Keeton (1984), § 49 en Friedmann en Cohen (1991b), § 11-38 e.v.

54 Men noemt dit wel de 'pro tanto' reductie. Zie Friedmann en Cohen (1991b), § 11-43.

55 Zie daarover Fleming, t.a.p. (nt. 52), p. 1496 e.v., Kenneth Kandaras, Patrick J. Kelley, 23 LOYOLA U. L.J. (1992), p. 451 e.v. alsmede Steven D. Kelley, 36 SOUTH DAKOTA L. REV. (1991), p. 619.

56 Men noemt dit wel de 'pro rata' reductie. Zie over e.e.a. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-41, Fleming, t.a.p. (nt. 52) en Warren B. Daly jr., 68 TULANE L. REV. (1994), p. 535 e.v. Een met de 'pro rata' reductie vergelijkbaar stelsel werd in art. 1476, 2e volzin BW (oud), gehanteerd. Zie daarover par. 3.3.2. Nog verder gaat § 2c van de Illinois Contribution Among Joint Tortfeasors

niet de omvang van de schikking maar de werkelijke draagplicht van de schikkende debiteur de mate waarin de resterende debiteuren worden bevrijd.

Uit de Amerikaanse rechtsontwikkeling blijkt mijns inziens dat het bevorderen van 'schikkingsbereidheid' weliswaar een goede zaak is, maar dat daarbij de positie van de andere debiteuren niet mag veronachtzaamd. Het thans in Amerika gangbare stelsel waarin (betaling naar aanleiding van) een schikking enerzijds de schikkende debiteur bevrijdt van eventuele regresvorderingen, en anderzijds de resterende debiteuren bevrijdt ten belope van het werkelijke aandeel in de draagplicht van de schikkende debiteur, is naar mijn gevoel dan ook een aanvaardbaar compromis. De enige persoon die er in dit stelsel bij kan inspringen, maar er ook voordeel mee kan behalen, is de schikkende crediteur. Het kan dus van belang zijn om te achterhalen wat de crediteur exact voor ogen stond bij het aangaan van de schikking. Aldus beschouwd biedt het Nederlandse stelsel, waarin veel aankomt op de uitleg van de afstand, een goed verdedigbaar stelsel, zij het dat over deze uitleg nog het nodige kan worden gezegd.

Het Nederlandse stelsel laat de resterende verbintenissen ongewijzigd voortbestaan. De crediteur zou van de resterende debiteuren nakoming kunnen vorderen, en deze zouden vervolgens regres kunnen nemen op de bevrijde debiteur. Aldus uitdrukkelijk art. 6:14 BW, eerste volzin. De afstand heeft dus een zeer beperkte werking. Dit is echter niet het geval indien men met mij in de afstand in beginsel de verplichting van de crediteur besloten gelegen acht om al datgene achterwege te laten wat aan de strekking van de afstand afbreuk zou doen. Als bijvoorbeeld een hoofdelijke debiteur een tot hem gericht aanbod tot kwijtschelding aanvaardt, dan ligt in die aanvaarding de verwachting besloten dat hij daar beter van wordt: hij wordt van een prestatieplicht bevrijd. Ook de wetgever gaat er om die reden van uit dat vrijwel elke debiteur blij zal zijn met kwijtschelding; zo geeft art. 6:160 lid 2 BW het vermoeden van aanvaarding van het aanbod tot kwijtschelding.⁵⁷ Zou de bevrijde debiteur echter via een omweg alsnog tot de kwijtgescholden prestatie verplicht zijn, dan is hij blij gemaakt met een dode mus. Daarom volgt naar mijn mening uit de aard van elke overeenkomst waarbij afstand plaatsvindt, dat de crediteur in beginsel zijn rechten jegens de overige debiteuren niet mag uitoefenen voor zover hij daarmee aanleiding zou geven tot uitoefening van een regresrecht jegens de debiteur met wie hij afstand overeenkwam op een wijze die zich niet verdraagt met de afstand. Anders geformuleerd: in aard en strekking van de afstand ligt besloten dat de crediteur zijn rechten jegens de andere debiteuren in beginsel slechts mag uitoefenen onder aftrek van de bijdrage die de bevrijde

Act, aangehaald bij Kenneth Kandas, Patrick J. Kelley, 23 LOYOLA U. L.J. (1992), p. 409: het schikkingsbedrag met een der debiteuren overeengekomen, geldt van rechtswege als het maximaal van elke debiteur te vorderen bedrag. Het schikkingsbedrag werkt in dit opzicht dus ten voordele van de derde.

57 Parl. Gesch. Boek 6, p. 588.

debiteur intern draagplichtig is.⁵⁸ Art. 6:14 BW geeft de mogelijkheid waarmee de crediteur dit resultaat kan bereiken:

Afstand door de schuldeiser van zijn vorderingsrecht jegens een hoofdelijke schuldenaar bevrijdt deze niet van zijn verplichting tot bijdragen. De schuldeiser kan hem niettemin van zijn verplichting tot bijdragen jegens een medeschuldenaar bevrijden door zich jegens deze laatste te verbinden zijn vordering op hem te verminderen met het bedrag dat als bijdrage gevorderd had kunnen worden.

Het artikel geeft als helder uitgangspunt dat de afstand geen wijziging brengt in de interne draagplicht van de hoofdelijke debiteuren.⁵⁹ Wel kan de crediteur de afstand ook de gewenste werking geven in de verhouding van de debiteuren onderling door zich jegens de andere debiteur(en) te verbinden de vordering op deze(n) te verminderen met het aandeel dat de bevrijde debiteur intern draagplichtig is.⁶⁰ Een dergelijke verbintenis kan overigens bij wijze van derdenbeding in het leven worden geroepen in de overeenkomst van afstand met een van de debiteuren.⁶¹

Door een evenredige vermindering jegens de resterende debiteuren te bewerkstelligen, voldoet de crediteur aan zijn plicht die hij uit hoofde van de afstand heeft jegens de bevrijde crediteur. Uit de totstandkomingsgeschiedenis van art. 6:14 BW volgt overigens dat de bedoelde evenredige vermindering jegens de resterende debiteuren geen meerzijdige rechtshandeling is, maar integendeel een eenzijdige rechtshandeling die de crediteur zelf verricht en waar de resterende debiteuren zich niet aan kunnen onttrekken.⁶² De crediteur heeft het dus in zijn macht de afstand jegens een van de debiteuren te vervolmaken door gebruik te maken van zijn recht uit art. 6:14. Als gezegd is de crediteur uit hoofde van de overeenkomst inhoudende afstand in de regel verplicht tegenover de bevrijde debiteur tot gebruikmaking van dit recht jegens de andere debiteuren. Laat de

58 Vgl., zij het op andere gronden, J. Spier, A&V 1996, p. 104.

59 Zie nt. 51.

60 Hieruit volgt m.i. dat art. 6:14 BW tweede zin geen toepassing kan vinden indien de hoofdelijk verschuldigde prestatie ondeelbaar is. Er kan dan geen sprake zijn van 'vermindering van de vordering' op de 'medeschuldenaar'; hooguit kan het resultaat van art. 6:14 worden bereikt door met deze 'medeschuldenaar' een schuldvernieuwing aan te gaan met als object een andere prestatie dan de ondeelbare.

61 Het lijkt er op dat de door de wetgever gekozen constructie van art. 6:14 zich slecht verdraagt met het aanwezig achten van een 'impliciet' derdenbeding. Naar Duits recht wordt in de afstand een dergelijk derdenbeding wel eens 'ingelesen'; zie Reinicke en Tiedtke (1988), p. 43. Anders: Prediger (1988), p. 13 nt. 1. Münch. Komm. § 423 rdnr. 1 spreekt van een 'pactum de non petendo' met een derdenbeding van die strekking. Zie bijvoorbeeld BGH 7-12-1961, NJW 1962, p. 388, waarin een exoneration aldus werd uitgelegd als zou het een derdenbeding ten behoeve van de mede-aansprakelijke werknemer inhouden (a.h.w. een 'impliciete' Himalaya-clausule) en aldus beide debiteuren van aansprakelijkheid ontheffen.

62 Parl. Gesch. Boek 6, p. 1211. Kritisch daarover Asser-Hartkamp I (1996), nr. 108.

crediteur na gebruik te maken van dit recht en vordert hij de onverminderde prestatie van een van de overige debiteuren, dan schiet de crediteur tekort in de nakoming van zijn 'verminderingplicht' die hij heeft jegens de bevrijde debiteur. Een dergelijke tekortkoming noopt mijns inziens ten minste tot schadevergoeding ex art. 6:74 BW.

Conclusie moet zijn dat het uitgangspunt van art. 6:14 BW is dat een afstand die niet mede strekt tot bevrijding van de overige debiteuren, dezen ook niet bevrijdt ten belope van het aandeel dat de bevrijde debiteur intern draagplichtig is. In het voorgaande bleek dat het niet uitgesloten is om, behoudens uitdrukkelijke bepaling van het tegendeel, in de afstand jegens de ene debiteur mede een uitoefening van het recht uit art. 6:14 jegens de andere debiteur besloten gelegen te achten. Dat zou mijns inziens in elk geval met aard en strekking van de afstand stroken; een dergelijke uitleg verdient daarom de voorkeur.⁶³

5.3.4 een exoneration bedongen door een van de debiteuren

Welke gevolgen voor de verschillende rechtsverhoudingen heeft het bestaan van een contractsbeding tussen crediteur en één van de debiteuren dat het karakter heeft van een gehele of gedeeltelijke beperking (in omvang, zwaarte of tijd)⁶⁴ van de aansprakelijkheid van de betreffende debiteur (hierna kortheidshalve: exoneration)? Beantwoording van deze vraag wordt veelal gezocht in het rechtskarakter van de exoneration. Volgens sommige schrijvers is het gevolg van de exoneration dat de exonerant in het geheel geen deel uitmaakt van het hoofdelijkheidsverband: door de exoneration ontstaat in zoverre immers geen samenloop van verbintenissen.⁶⁵ Afgezien van de vraag of hiermee het rechtskarakter van exonerationen juist is gekenschetst,⁶⁶ leidt het logischerwijs tot de conclusie dat bij gebreke van

63 Vgl. J. Spier, A&V 1996, p. 105. In Duitsland wordt in dit verband bijvoorbeeld wel verdedigd dat de afstand tegenover de ene debiteur vermoed wordt mede een afstand in te houden tegenover de andere debiteuren ten belope van het aandeel dat de bevrijde debiteur draagplichtig is. Zie Wacke (1970), p. 53, Selb (1984), p. 71, Münch. Komm. § 423 rdnr. 2, Alt.komm. § 423 rdnr. 1, Larenz I, p. 639 nt. 22, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 43. Vgl. Soergel § 423 rdnr. 2 en Lange (1990), p. 724. In deze zin OLG Keulen 17-12-1993, VersR 1994, p. 991.

64 Ik begrijp hier mede onder uitsluiting, limitering, verlichting van aansprakelijkheid en het contractueel verkorten van wettelijke verjarings- en vervaltermijnen. Zie daarover BGH 9-3-1972, BGHZ 58, 216, Münch. Komm. § 426 rdnr. 22. Kritisch: Reinicke en Tiedtke (1988), p. 81.

65 Spier (1992), p. 31, Van Wassenae van Catwijck en Jongeneel (1995), p. 167. Voor Duitsland zie men Münch. Komm. § 421 rdnr. 25; § 426 rdnr. 5 en rdnr. 20; Larenz I, p. 647; Stauder (1964), p. 22; Ludewig (1968), p. 10; Ising (1969), p. 134, p. 155; Steinbeis (1974), p. 79; Reinicke en Tiedtke (1988), p. 77; Hofmann (1989), p. 168. Vgl. Nastelski (1966), p. 30 en Selb (1984), p. 125-126.

66 Zie over het rechtskarakter van exonerationen G.J. Rijken, *Exoneratieclausules*, diss. Utrecht 1983, p. 14 e.v. Zie voorts Denck (1988), p. 265, die de exoneration beschouwt als een 'pactum de non petendo', waarbij de crediteur tegenover de exonerant ervan afziet zijn aanspraken jegens deze

hoofdelijkheid geen interne rechtsverhouding kan ontstaan tussen exonerant en 'mededebiteuren' en derhalve regres op grond van art. 6:10 BW is uitgesloten.⁶⁷ Dit moge – mits men er vanuit gaat dat een exoneratie tot ondergang van de desbetreffende verbintenis leidt, hetgeen voor mij niet vaststaat – op zichzelf beschouwd een sluitende redenering zijn, zij is onverenigbaar met het beginsel dat contracten alleen tussen partijen gelden en dat een exoneratie de positie van de mededebiteuren derhalve niet negatief beïnvloeden kan. Verschillende auteurs stellen dan ook dat weliswaar het ontstaan van hoofdelijkheid door de exoneratie wordt verhinderd, maar het niet-ontstaan van hoofdelijkheid niet kan worden tegengeworpen aan de derde-aansprakelijke die regres zoekt,⁶⁸ of dat hoofdelijkheid moet worden gefingeerd teneinde regres mogelijk te maken.⁶⁹

Naar mijn mening doet een exoneratie de verbintenis niet teniet gaan (en dus ook niet bij voorbaat). Een exoneratie is een contractueel verweermiddel dat in beginsel aan *uitoefening* van de rechten uit een schadevergoedingsverbintenis in de weg staat. Dat de exoneratie de verbintenis waarop zij ziet, niet teniet doet gaan of aan het ontstaan daarvan in de weg staat, blijkt ook uit het feit dat de exoneratie aan allerhande inhoudstoetsing pleegt te worden onderworpen. In een concreet geval kan blijken dat de exoneratie niet kan worden ingeroepen; het zou gekunsteld zijn om aan te nemen dat de schadevergoedingsverbintenis alsdan zou herleven of alsnog ontstaan. Het is dan ook onjuist om te veronderstellen dat de exoneratie aan het ontstaan van hoofdelijkheid in de weg staat. Hieruit volgt, a contrario geredeneerd, dat een exoneratie een verweermiddel kan zijn voor de werking van art. 6:11 BW.⁷⁰ Meer dan theoretische waarde heeft deze vaststelling evenwel niet. Naar mijn overtuiging kan een exoneratie als zodanig onmogelijk eventuele regresrechten van de debiteuren negatief beïnvloeden. Derden worden niet geraakt door bedingen in een contract waar zij geen partij bij zijn.⁷¹ Niets wijst er op dat

uit te oefenen. Zie over deze figuur, die zich (althans naar Nederlands recht) laat vergelijken met de afstand van art. 6:160 BW, nader Wacke (1970), p. 42 e.v., Ehmann (1972), p. 242 e.v., Wagenfeld (1972), p. 100, p. 117 e.v. en Weitnauer (1978), p. 388. Vgl. Mon. Nieuw BW A6a (Tjittes), p. 47.

67 Vgl. Keuk (1968), p. 188.

68 Zo benadert Larenz I, p. 647 het probleem naar het lijkt ook. Zie ook Stauder (1964), p. 23 en Ludewig (1968), p. 23.

69 D. Medicus, JZ 1967, p. 398.

70 In dezelfde zin Van Wassenae van Catwijck en Jongeneel (1995), p. 169. Het is opmerkelijk dat zij dit standpunt huldigen, aangezien zij t.a.p. stellen dat een exoneratie aan het ontstaan van hoofdelijkheid in de weg staat, hetgeen logischerwijs betekent dat art. 6:11 BW niet van toepassing zou zijn.

71 De Kok (1965), p. 146. Blijkbaar anders: losbl. Schadevergoeding art. 102 (Boonekamp), aant. 13.2 en Van Wassenae van Catwijck en Jongeneel (1995), p. 169-170, p. 187-188. Vgl. ook Law Commission, *Report on Contribution*, Law Com. No. 79, Londen 1977, p. 21. Zie als in de hoofdtekst voor Duits recht uitgebreid BGH 3-2-1954, BGHZ 12, 213; BGH 27-6-1961, BGHZ 35, 317; BGH 9-3-1972, BGHZ 58, 216; BGH 14-7-1983, NJW 1983, p. 2442; BGH 27-2-1989, NJW 1989, p. 2386, BGH 11-6-1992, NJW 1992, p. 2286. Zie Münch. Komm. § 426 rdnr. 5, RGRK § 426 rdnr. 39, Soergel § 426 rdnr. 42, Larenz I, p. 647, Nastelski (1966), p. 17-20, Mar-

de wetgever met de verweermiddelregeling van art. 6:11 BW in dit opzicht een afwijking voor ogen stond van het contractenrechtelijk beginsel dat overeenkomsten aan de positie van derden geen afbreuk kunnen doen.⁷²

Gegeven dit noodzakelijk beperkte werkingsbereik van de exoneratie, kan zij waarschijnlijk nog het beste worden vergeleken – althans wat betreft *effect* – met een afstand als bedoeld in art. 6:14 BW. Zij strekt zich niet uit over het rechtskarakter: anders dan bij de afstand het geval is, gaat de verbintenis door de exoneratie mijns inziens niet ten onder. De effecten van afstand en exoneratie zijn evenwel gelijk: de exoneratie bevrijdt de exonerant niet van diens verplichting tot bijdragen jegens zijn mededebiteuren (vergelijk art. 6:14 BW, eerste volzin).

Uiteraard is denkbaar dat de exoneratie door partijen uitdrukkelijk mede ten behoeve van de andere hoofdelijke debiteuren is opgesteld. Zij behelst dan een derdenbeding. Na aanvaarding door de derde, kan deze overeenkomstig de exoneratieclausule evenmin worden aangesproken. Hoe echter te oordelen over het geval waarin de derde het derdenbeding *verwerpt*?⁷³ Diens aansprakelijkheid blijft ongewijzigd, terwijl die van de stipulerende exonerant juist vervallen of verminderd is. Als nu de crediteur de derde aanspreekt en deze inderdaad de verschuldigde prestatie voldoet,⁷⁴ zou dan de derde een eventueel regresrecht jegens de stipulerende exonerant geldend kunnen maken? Ik denk dat dit in de regel inderdaad het geval zal zijn en dat de gevolgen hiervan tussen stipulator en promissor ‘uitgevochten’ zullen moeten worden. Het derdenbeding mag immers door de derde worden verworpen; hij is niet verplicht om het te aanvaarden, tenzij uit zijn (contractuele) rechtsverhouding tot de stipulator volgt dat hij tot aanvaarding verplicht is. Indachtig

schall v. Bieberstein (1967), p. 294-295, Lumm (1968), p. 183-184, Wagenfeld (1972), p. 160, Boulanger (1974), p. 183-187, Reinicke en Tiedtke (1988), p. 77, Denck (1988), p. 265, Hofmann (1989), p. 168, K. Muscheler, Jur. Rundschau 1994, p. 444, R. Krause, VersR 1995, p. 754. Vgl. A. Kletecka, ÖJZ 1993, p. 836. Anders nog de door Nastelski (1966), p. 9-10 en Wagenfeld (1972), p. 159, besproken uitspraak van het RG uit 1910.

72 In het inmiddels al wat oudere ontwerp voor een nieuw Duits verbintenissenrecht, het zogenaamde ‘Referentenentwurf’ uit 1967, ging men daar in essentie ook vanuit: ‘Wer neben einem anderen auf Grund gesetzlicher Schadensersatzpflicht zum Ersatz eines Schadens verpflichtet wäre, von dieser Ersatzpflicht aber durch Vertrag befreit ist, ist dem anderen zum Ausgleich in dem gleichen Umfang verpflichtet, in dem er ihm bei Bestehen eines Gesamtschuldverhältnisses zum Ausgleich verpflichtet wäre. Entsprechendes gilt, wenn die Befreiung von der Ersatzpflicht auf einer besonderen gesetzlichen Vorschrift beruht.’ Zie B. Lemhöfer, VersR 1967, p. 1131, P. Hanau, VersR 1967, p. 518, Ludewig (1968), p. 222 e.v. en Wagenfeld (1972), p. 161. Zie voor het gelijkkluidende voorstel in het ‘Referentenentwurf’ uit 1961 Stauder (1964), p. 23.

73 Ik zou hier overigens geen analoge toepassing van art. 6:9 BW willen bepleiten. Deze bepaling die vertegenwoordiging mogelijk maakt bij kwijschelding, zou men overeenkomstig op exoneraties kunnen toepassen. Vanwege het uitzonderlijke karakter van art. 6:9 (waartegen Asser-Hartkamp I (1996), nr. 108) lijkt mij een dergelijke extensieve interpretatie niet wenselijk.

74 M.i. is het voldoen van de prestatie ook dan verschuldigd: de exoneratie kan de derde, evenmin als de afstand dat kan, ongewenste voordelen opdringen. Daarvoor is zijn instemming nodig. Vgl. daarover in verband met afstand Asser-Hartkamp I (1996), nr. 616.

de strekking van de exoneratie zal mijns inziens de promissor de stipulator in beginsel van de gevolgen van het regres moeten vrijwaren wanneer de derde het beding verwerpt.

Buiten het geval waarin de exoneratie uitdrukkelijk mede ten behoeve van derden is opgesteld, kan zij deze derdenwerking ook hebben indien de verbintenis van de derde afhankelijk is van, of subsidiair is ten opzichte van de verbintenis waar de exoneratie op van toepassing is.⁷⁵ Bovendien kan een derde op grond van een wettelijke bepaling een beroep toekomen op de exoneratie. Een bekend voorbeeld daarvan biedt art. 6:257 BW:⁷⁶ de werknemer kan de exoneratie die zijn werkgever bedong, invoeren tegen aansprakelijkstelling door de wederpartij van de werkgever. Door met art. 6:257 de zogenaamde paardesprong naar de ondergeschikte te blokkeren, wordt enerzijds voorkomen dat de wederpartij van de exonererende debiteur de exoneratie waar zij mee heeft ingestemd, ontloopt, en wordt tegelijkertijd recht gedaan aan de ratio van art. 6:170 lid 3 BW (c.q. art. 7:661 BW).⁷⁷ Zou de paardesprong namelijk niet geblokkeerd worden door art. 6:257, dan zou de ondergeschikte ex art. 6:170 lid 3 BW (c.q. art. 7:661 BW) regres kunnen nemen op de exonerant. De wederpartij van de exonerant zou aldus haar contractuele positie kunnen ontlopen, hetgeen onwenselijk is. Even onwenselijk, zo niet nog onwenselijker zou zijn dat de ondergeschikte geen regres zou kunnen nemen op de exonerant. Denkbaar is dat de exonerant jegens de ondergeschikte een beroep doet op art. 6:11 BW, maar het resultaat hiervan veroordeelt zichzelf. Het kan niet zo zijn dat een exoneratie, die tegengeworpen kan worden aan de crediteur, om het enkele feit dat sprake is van hoofdelijkheid, ook kan worden tegengeworpen aan een regreszoekende mededebiteur. Uit de rechtsverhouding tussen exonerant en ondergeschikte, die primair door art. 6:170 lid 3 en art. 7:661 BW wordt beheerst, vloeit in elk geval voort dat de verweermiddelenregel van art. 6:11 lid 1 niet geldt (zie art. 6:11 lid 4).⁷⁸

Komt de exoneratie – anders dan in de hiervoor behandelde gevallen – geen rechtstreekse werking toe ten voordele van een derde, dan leidt zij tot een verstoring van de rechtsverhoudingen bij hoofdelijkheid. De strekking van de exoneratie wordt op deze wijze uiteraard niet geheel recht gedaan: een crediteur die twee debiteuren heeft, waarvan er één een exoneratie kan tegenwerpen, spreekt uiteraard de andere debiteur tot betaling aan. Het gevolg is dat hoofdelijkheid ontwijking van de

⁷⁵ Zie over dergelijke verbintenissen nader paragraaf 2.5.2 en 2.5.4.2.

⁷⁶ Vgl. ook art. 8:363, 364 en 365 BW.

⁷⁷ Zie uitgebreider over het werkingsbereik van art. 6:257 BW: W.H. van Boom, WPNR 6235 (1996), p. 619-620.

⁷⁸ Dit geldt mijns inziens overigens ook in het (uitzonderlijke) geval dat de werknemer te goeder trouw nalaat jegens de benadeelde een beroep te doen op de exoneratie, bijvoorbeeld omdat hij niet op de hoogte is van het bestaan van de exoneratie zelf of van de wettelijke derdenwerking daarvan.

exoneratie mogelijk maakt: de crediteur spreekt gewoon de andere debiteur aan en laat de exonerant links liggen. Dat is in veel gevallen een ontwijkende manoeuvre. Bovendien ontstaat er de volgende vreemde tegenstelling: indien de exonerant de enige persoon is die voor de schade aansprakelijk is, dan leidt de exoneratie ertoe dat de crediteur de schade volledig zelf moet dragen; zou daarentegen naast de exonerant een derde aansprakelijk zijn voor de schade, dan zou de crediteur de schade volledig kunnen verhalen op de derde-aansprakelijke.⁷⁹ Deze manoeuvre is met name dan ontwijkend van aard wanneer deze derde regres kan nemen op de exonerant voor het aandeel in de schade dat aan deze kan worden toegerekend. Aldus ontloopt de crediteur het exoneratiebeding waarmee hij zelf heeft ingestemd en bereikt hij via een omweg hetgeen rechtstreeks niet is toegestaan. Dergelijke ontwijkingsmanoeuvres zijn in de regel onwenselijk.

Er is een aantal wijzen denkbaar waarop men de beschreven ontwijkingsmanoeuvre kan bestrijden. In de Duitse literatuur wordt wel verdedigd dat de exoneratie moet worden uitgelegd als mede inhoudende een vrijwaringsplicht van de crediteur.⁸⁰ De gedachte is als volgt. De crediteur heeft door in te stemmen met de exoneratie als het ware het risico van schade op zich doen overgaan.⁸¹ Wanneer de crediteur de derde-aansprakelijke – aan wie geen beroep toekomt op de exoneratie – tot vergoeding van de gehele schade aanspreekt, dan kan deze derde vervolgens de exonerant uit regres tot bijdrage aanspreken. Een beroep op de exoneratie staat tegenover de derde niet open; vervolgens kan echter de exonerant de crediteur aanspreken tot schadeloosstelling of op andere wijze de crediteur tot ongedaanmaking van de regresvordering bewegen. Een soortgelijke uitleg van exoneraties, namelijk dat deze mede een vrijwaringsrecht inhouden, acht ik verdedigbaar voor Nederlands recht. Een dergelijke uitleg is uiteraard geen wet van Meden en Perzen: elke exoneratie zal op grond van de concrete omstandigheden moeten worden beoordeeld, maar mijns inziens zullen doel en strekking van de exoneratie in veel gevallen een vrijwaringsplicht met zich brengen. Ik volsta hier met verwijzing naar hetgeen ik hierover elders schreef.⁸²

Een andere wijze waarop de ontwijkingsmanoeuvre zou kunnen worden bestreden is door aan te nemen dat de crediteur de derde-aansprakelijke slechts kan aanspreken onder aftrek van het aandeel van de exonerant in de interne draagplicht. Door een enkele Duitse auteur wordt de grondslag hiervoor in 'Treu

79 B. Lemhöfer, VersR 1967, p. 1131; D. Medicus, JZ 1967, p. 398.

80 D. Medicus, JZ 1967, p. 400; Lumm (1968), p. 194; Reinicke en Tiedtke (1988), p. 78-79. Vgl. Ludewig (1968), p. 27-29, Boulanger (1974), p. 187, Weitnauer (1978), p. 388.

81 Ising (1969), p. 150-151; Wussow (1985), p. 568a.

82 W.H. van Boom, WPNR 6235 (1996), p. 617-618 (met verdere verwijzingen), met reactie L. Groefsema in WPNR 6260 (1997), p. 160 en naschrift.

und Glauben' gezocht,⁸³ maar de meeste schrijvers lezen hiertoe in de exoneration een 'Vertrag zugunsten Dritter' in de zin van § 328 BGB of van 'Schutzwirkung für Dritte'.⁸⁴ Er is in dat geval, grof vertaald, sprake van een derdenbeding, althans van werking van het beding ten gunste van een derde.⁸⁵ Het BGH is bereid gebleken een dergelijke derdenwerking aan te nemen, met name in die gevallen waarin de exonerant belang heeft bij deze derdenwerking. Dat doet zich uiteraard met name dan voor wanneer de derde op grond van diens rechtsverhouding tot de exonerant, recht heeft op vrijwaring door de exonerant van de gevolgen van aansprakelijkstelling.⁸⁶

Voor ons recht zou ook sprake kunnen zijn van een derdenbeding dat tot 'evenredige vermindering' noopt, maar daarvoor is uitleg van de exoneration doorslaggevend.⁸⁷ Toch is in deze situaties veel te zeggen voor derdenwerking van de exoneration: strekking van de exoneration is dat de exonerant niet of slechts tot een bepaald bedrag schade behoeft te dragen in zijn verhouding tot de wederpartij. Een zinvolle uitleg van de exoneration zou daarom kunnen zijn een evenredige vermindering van de omvang van de aansprakelijkheid van de derde-aansprakelijke.⁸⁸ Aanknopingspunten voor een dergelijke benadering van exonerationen treft men aan bij de wettelijke regeling van de afstand. In art. 6:14 BW wordt aangegeven dat de afstand jegens één van de debiteuren de regresrechten van de andere debiteuren niet beïnvloedt, maar dat de crediteur anderzijds de mogelijkheid heeft om de begunstigde debiteur ook van zijn regresplicht te bevrijden door ook *in zoverre* van de andere hoofdelijke verbintenissen afstand te doen als overeenkomt met de interne draagplicht van de begunstigde debiteur in de hoofdelijk verschuldigde prestatie.

Een 'evenredige verminderingsgedachte' kan dus worden gegrond op analoge toepassing van de afstand-constructie van art. 6:14 BW.⁸⁹ Intussen is de praktische

83 Steinbeis (1974), p. 92. Zie ook Ludewig (1968), p. 29-30, p. 98a-99, p. 180-181 en Von Olshausen (1988), p. 166, die in dit verband het motto '*dolo agit qui petit quod statim redditurus est*' noemen. Vgl. BGH 22-2-1971, BGHZ 55, 344.

84 Soergel § 426 rdnr. 46; Larenz I, p. 647; Wussow (1985), rdnr. 568b; Reinicke en Tiedtke (1988), p. 78. Zie bijv. BGH 29-10-1956, BGHZ 22, 109 en BGH 7-12-1961, NJW 1962, p. 388.

85 Vgl. BGH 7-2-1968, BGHZ 49, 278.

86 BGH 13-12-1994, VersR 1995, 427. Zie in dezelfde zin BGH 29-10-1956, BGHZ 22, 109, BGH 7-12-1961, NJW 1962, p. 388 en BGH 7-2-1968, BGHZ 49, 278. Vgl. Wagenfeld (1972), p. 149.

87 Zie hierover de in nt. 82 genoemde literatuur.

88 Larenz I, p. 647; RGRK § 426 rdnr. 40; Esser-Schmidt (1993), p. 326; Stauder (1964), p. 24-25; Nastelski (1966), p. 30-38; Thiele (1968), p. 157; Ising (1969), p. 203; Selb (1984), p. 127; Lange (1990), p. 679; Selb (1991), p. 247; R. Krause, VersR 1995, p. 753. Vgl. Ising (1969), p. 185 e.v., Wagenfeld (1991), p. 165-166. Zie ook Williams (1951), p. 115 e.v.

89 Vgl. over de 'evenredige verminderingsgedachte' o.m. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-31 e.v., Fikentscher (1997), rdnr. 636, Williams (1951), p. 121, p. 168, Spier (1992), p. 32. Vgl. H.C.F. Schoordijk, RM Themis 1967, p. 345-346, J. Stapleton, 111 L.Q.R. (1995), p. 328, de door U. Blaurock, ZHR 146 (1982), p. 246 genoemde rechtspraak alsmede BGH 29-10-1956, BGHZ 22, 109 en BGH 26-11-1979, VersR 1980, p. 572.

toepassing van deze 'evenredige verminderingsgedachte' allerm minst eenvoudig. In de Duitse literatuur wordt er op gewezen dat er een gebrek aan informatie kan bestaan doordat de derde-aansprakelijke in veel gevallen geen weet heeft van het bestaan van de exoneratie, terwijl de crediteur niet geneigd zal zijn hem er op te wijzen.⁹⁰ Het kan zich dan voordoen dat de derde-aansprakelijke wordt veroordeeld tot betaling van het gehele bedrag zonder dat hij het verweermiddel van de evenredige vermindering in stelling heeft kunnen brengen. In een dergelijk geval bestaat het gevaar dat de exonerant zich er vervolgens jegens de derde-aansprakelijke op beroept dat de derde niet was gehouden om meer te voldoen dan zijn eigen interne aandeel – immers: de derde had een beroep kunnen doen op vermindering van de omvang van zijn aansprakelijkheid met het aandeel dat de exonerant intern draagplichtig was – en dat regres daarom niet mogelijk is. In de Duitse literatuur is een simpele doch adequate oplossing aangereikt voor dit informatieprobleem. Voorgesteld wordt om de derde-aansprakelijke de keuze te laten om ófwel aan de exoneratie een verweermiddel te ontleen jegens de crediteur opdat de vordering jegens hem verminderd wordt met dat aandeel in de schuld dat aan de exonerant kan worden toegerekend, ófwel de volledige hoofdelijke schuld te voldoen met het recht van onbelemmerd regres op de exonerant. Deze keuzemogelijkheid biedt ook oplossing voor het geval dat de derde-aansprakelijke niet op de hoogte is van het bestaan van de exoneratie: na betaling aan de crediteur blijft het regres op de exonerant gewoon mogelijk. Na voldoening van de regresvordering dient de exonerant het op te nemen met zijn wederpartij.⁹¹

Uitgangspunt bij het voorgaande is dat de exoneratie die is bedongen door een debiteur tegenover de crediteur niet kan worden tegengeworpen aan het regresrecht van een andere debiteur. De ontwijkingsmanoeuvre die de crediteur zou kunnen verrichten, wordt bestreden op de wijze hierboven beschreven. Daarop bestaat, althans naar geldend recht, een belangrijke uitzondering. Voor het verhaalsrecht uit art. 284 K. wordt de ontwijkingsmanoeuvre namelijk op andere wijze gesanctioneerd. Heeft bijvoorbeeld C een schadeverzekering gesloten met verzekeraar A, en doet zich een gedekte schadegebeurtenis voor door een fout van B, dan kan C zowel A als B tot vergoeding aanspreken.⁹² Wordt A tot betaling aangesproken, en tracht deze na betaling verhaal te nemen op B, dan kan blijken dat B zich jegens C heeft vrijgetekend van aansprakelijkheid. Naar geldend recht moet voor dit geval worden aangenomen dat B de exoneratie, zijnde een verweermiddel als bedoeld in art. 6:145 BW, mede aan de ex art. 284 K. gesubrogeerde A kan tegenwerpen en dat A de verzekerde C dientengevolge kan

90 Zie Selb (1984), p. 128, H. Lange, JZ 1989, p. 49 nt. 15, Lange (1990), p. 679 en K. Muscheler, Jur. Rundschau 1994, p. 443.

91 Zie over het vrijwaringskarakter van de exoneratie hiervoor.

92 Zie over e.e.a. ook par. 2.5.4.4.

aanspreken tot vergoeding van de schade die hij lijdt door de verkorting van zijn verhaalsrecht (art. 6:154 BW). Dit uit de aard van de subrogatie voortvloeiende stelsel wijkt af van hetgeen mijns inziens als hoofdregel ten aanzien van exonerationen geldt.⁹³ In zekere zin heeft de schadeverzekeraar – het vloeit voort uit de aard van de verzekeringsovereenkomst – van de verzekerde het risico overgenomen dat geen vergoeding van de schadeveroorzaker verkregen kan worden. Dit risico omvat in beginsel ook de onmogelijkheid van verhaal door een exoneration, zij het dat de verzekerde jegens de verzekeraar aansprakelijk kan zijn op grond van art. 6:154 BW wegens culpoze verkorting van het verhaalsrecht van art. 284 K. De sanctie op 'ontwijking' van de exoneration is hier dus niet evenredige vermindering van de plicht van de verzekeraar om op de polis uit te keren, tenzij wegens toepassing – bij wijze van verrekening – van art. 6:154 BW. De exonerant kan de exoneration in beginsel aan de verzekeraar tegenwerpen.⁹⁴

5.4 Verstoring van de rechtsverhoudingen door wet of rechter

5.4.1 inleiding

Wettelijke uitsluiting en limitering van aansprakelijkheid kunnen de hoofdelijkheidsverhoudingen verstoren. De crediteur kan de debiteur die een limiet of aansprakelijkheidsuitsluiting inroept, niet of slechts tot een lager bedrag aanspreken dan de ongelimiteerd aansprakelijke persoon. Gesteld dat deze betaalt, komt hem dan eventueel een regresrecht toe en zo ja, hoe wordt de omvang van dat recht bepaald? Of heeft de verstoring reeds gevolgen voor de omvang van de aansprakelijkheid van de ongelimiteerd aansprakelijke persoon? Daarover nader in paragraaf 5.4.2 voor wat betreft wettelijke uitsluiting, en in paragraaf 5.4.3 voor wat betreft wettelijke limitering. Een vergelijkbaar probleem rijst als verjaring in een van de verbintenissen heeft plaatsgevonden. Dit probleem wordt behandeld in paragraaf 5.4.4. Vergelijkbaar is ook het geval waarin door de rechter in een van de hoofdelijke verbintenissen wordt gematigd of een andere rechterlijke ingreep

93 Overigens is het resultaat waartoe art. 284 K. leidt ook verenigbaar met het flexibele art. 6:11 BW. De doorwerking van de exoneration in de interne verhouding tussen schadeverzekeraar en schadeveroorzaker is niet alleen een toepassing van art. 6:145 BW, maar ook een toepassing van art. 6:11 lid 1 BW.

94 Dit zou m.i. uitzondering kunnen lijden indien het overeenkomen van de exoneration mede met het oogmerk van verkorting van het verhaal van de verzekeraar geschiedde, althans indien de contractanten zich met het oog op de belangen van de verzekeraar hadden behoren te onthouden van het overeenkomen van een dergelijke exoneration. Vgl. in dit verband HR 24-1-1930, NJ 1930, 299 nt. EMM (Vonk/de Overijsselsche Onderlinge), waarin werd beslist dat de schadeverzekeraar bij opzettelijke benadeling door de schadeveroorzaker een verhaalsactie op grond van onrechtmatige daad toekomt.

heeft plaatsgevonden. Wat is de weerslag daarvan op de rechtsverhoudingen? Daarover nader in paragraaf 5.4.5 en volgende.

5.4.2 wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid

Ons recht kent slechts een handvol wettelijke uitsluitingen van aansprakelijkheid.⁹⁵ Bij totstandkoming van deze uitsluitingen is geen aandacht besteed aan de versturende werking die wettelijke uitsluiting op eventuele hoofdelijke aansprakelijkheid heeft.

In het buitenland zijn meer gevallen van wettelijke uitsluiting bekend.⁹⁶ Zo komt het in veel landen voor dat de eventuele aansprakelijkheid van de werkgever jegens de werknemer voor bedrijfsongevallen wettelijk is uitgesloten, als het ware in ruil voor de verplichting voor de werkgever om financiële bijdragen te leveren aan een stelsel van wettelijk verplichte (sociale) ziektekosten- en arbeidsongeschiktheidsverzekeringen.⁹⁷ Het betreft veelal een volledige uitsluiting van aansprakelijkheid, ook voor die schadeposten welke niet door de desbetreffende verzekering worden gedekt (zoals immateriële schade).⁹⁸ In Duitsland is dit bijvoorbeeld een bekend verschijnsel, dat in rechtspraak en literatuur regelmatig en uitgebreid onderwerp van discussie is. 'In ruil voor' het recht op sociale verzekeringsuitkeringen van de benadeelde jegens de uitvoeringsinstantie is de aansprakelijkheid van de werkgever en collega-werknemers geheel uitgesloten.⁹⁹ Het recht op uitkeringen krachtens sociale verzekering gaat gepaard met subrogatie van de sociale verzekeringsinstantie in de rechten van de verzekerde jegens derden;

95 Deze uitsluitingen staan veelal in het teken van juridische kanalisatie van aansprakelijkheid naar een centrale persoon (producent, reder, exploitant c.q. werkgever). Ik noem art. 7:24 lid 2 BW, art. 8: 623 lid 5 BW, en van de bijzondere regelgeving: art. 42 Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren, art. 3 lid 5 Wet aansprakelijkheid olietankschepen.

96 Verschillende Amerikaanse deelstaten kennen bijvoorbeeld 'parental immunity', 'espousal immunity' en 'immunity' van werkgevers op grond van 'Workers Compensation' wetgeving. Zie daarover, en over de effecten daarvan op hoofdelijkheid, bijv. Fleming, t.a.p. (nt. 52), p. 1498 e.v., Leonard E. Eilbacher, 21 IND. L. REV. (1988), p. 418 e.v., Kenneth Kandaras en Patrick J. Kelley, 23 LOYOLA U. L.J. (1992), p. 417 e.v., David W. Robertson, 41 LOUISIANA BAR J. (1993), p. 227 e.v., p. 334 e.v., Warren B. Daly jr., 68 TULANE L. REV. (1994), p. 501 e.v., Cheryl L. Martin, 68 TULANE L. REV. (1994), p. 999 e.v., Donald C. Massey en A. Kirk Gasperecz, 33 LOYOLA L. REV. (1988), p. 947 e.v.

97 Weir (1976), § 12-93, Friedmann en Cohen (1991b), § 11-31. Voor Duitsland zie men § 636 en 637 RVO (dat ook de aansprakelijkheid van de collega-werknemer uitsluit). Zie Hofmann (1989), p. 313, Becker (1994), rdnr. A 202 e.v. Art. 93 van de Nederlandse Ongevallenwet 1921 kende een vergelijkbare 'immunititeit' van de werkgever; met invoering van Zw en WAO verdween deze 'immunititeit'. Inmiddels gaan er voorzichtig stemmen op om (gedeeltelijke) herinvoering van bedoelde 'immunititeit' nader te overwegen: zie M. Faure en T. Hartlief, NJB 1998, p. 1141, m.n. nt. 36.

98 Zie bijv. BGH 12-6-1973, BGHZ 61, 51.

99 E.e.a. behoudens opzet van werkgever (of collega-werknemer). Zie bijv. P. Hanau, VersR 1967, p. 522, Ising (1969), p. 103, Lange (1990), p. 730, Hasse (1992), p. 53 en Becker (1994), rdnr. F 108-109.

uitgezonderd zijn derhalve (en logischerwijs, want door de werking van de 'nemo plus' regel) de werkgever en collega-werknemer.¹⁰⁰

Wanneer nu als gevolg van de samenloop van de onrechtmatige daden van de werkgever en een derde de werknemer een bedrijfsongeval overkomt, dan rijst de vraag of de gesubrogeerde sociale verzekeraar de *gehele* schade kan verhalen op de derde-aansprakelijke en zo ja, of deze een verhaalsrecht heeft op de werkgever. Om met die laatste vraag te beginnen: het antwoord luidt ontkennend. De derde-aansprakelijke kan volgens het BGH geen verhaal nemen op de 'immune' werkgever. Het zou in strijd zijn met de strekking van aansprakelijkheidsuitsluiting in de sociale verzekeringswetgeving om verhaal door een aansprakelijke derde mogelijk te achten terwijl de benadeelde zélf geen verhaal op de werkgever heeft. Het BGH huldigt het standpunt dat de wettelijke uitsluiting aan het ontstaan van hoofdelijkheid in de weg staat. Dat betekent dat noch de benadeelde werknemer zelf¹⁰¹ noch een verhaalzoekende derde-aansprakelijke¹⁰² verhaal heeft op de werkgever. Sinds 1968 is bovendien vaste rechtspraak van het BGH dat de omvang van de aansprakelijkheid van de derde-aansprakelijke moet worden verminderd met het deel dat de 'immune' werkgever of collega draagplichtig zou zijn geweest indien uitsluiting zou hebben ontbroken.¹⁰³ Het BGH redeneert in dit verband dat de aansprakelijkheid van de bij de onderneming betrokken personen is uitgesloten omdat zij het onzekere risico verzekerd hebben door een zekere premie. Het is de verzekeringsuitkering die hen vrijwaart van aanspraken door benadeelde en regreszoekende derde.¹⁰⁴ Deze vrijwaring mag echter geen gevolgen hebben voor derden die niet zijn betrokken bij de verzekering: de derde-aansprakelijke mag niet verder draagplichtig (en dus aansprakelijk) zijn dan hij bij afwezigheid van

100 Zie § 116 SGB X (waarover Becker (1994), rdnr. F 4, F 28, F 31-32) en § 636, 637 en § 640 RVO; dit laatste artikel geeft een eigen (dus niet gesubrogeerd) verhaalsrecht aan de sociale risicodragers jegens de werkgever en de collega aan wiens opzet of grove nalatigheid het bedrijfsongeval is te wijten. Zie over e.e.a. P. Hanau, VersR 1967, p. 522, Ising (1969), p. 103, Lange (1990), p. 730, Hasse (1992), p. 53 en Becker (1994), rdnr. F 108-109.

101 Zie nt. 98.

102 BGH 23-11-1955, BGHZ 19, 114; BGH 17-2-1987, NJW 1987, p. 2669, JuS 1988, p. 341, nt. Th. Burkert en R. Kirchdörfer. Zie in gelijke zin reeds RG 30-4-1914, RGZ 84, 415 en RG 4-1-1937, RGZ 153, 38 waarover Nastelski (1966), p. 71-74. Vgl. Habermeier (1968), p. 9.

103 BGH 29-10-1968, BGHZ 51, 37; BGH 9-6-1970, BGHZ 54, 177; BGH 10-11-1970, BGHZ 55, 11; BGH 2-5-1972, BGHZ 58, 355; BGH 12-6-1973, BGHZ 61, 51; BGH 23-4-1985, BGHZ 94, 173; BGH 17-2-1987, NJW 1987, p. 2669, JuS 1988, p. 341, nt. Th. Burkert en R. Kirchdörfer; BGH 23-1-1990, BGHZ 110, 114. Reeds in gelijke zin als de latere rechtspraak van het BGH: RG 12-12-1931, RGZ 134, 293 en RG 20-7-1936, RGZ 152, 46. Anders nog: RG 4-1-1937, RGZ 153, 38 en BGH 10-1-1967, NJW 1967, p. 982, waarover Keuk (1968), p. 191. Zie over e.e.a. Helm (1961), p. 147-148, Stauder (1964), p. 30, Nastelski (1966), p. 71-74, Hofmann (1989), p. 328, Lange (1990), p. 719 en Münch. Komm. § 426 rdnr. 23. In de 'Reformvorschläge' van 1981 voor een nieuw verbintenissenrecht wordt, in afwijking van de ontwerpen uit 1961 en 1967 (zie daarover nt. 72), aangeknoopt bij deze rechtspraak van het BGH. Zie Selb (1984), p. 134.

104 RG 12-12-1931, RGZ 134, 293, maakt om die reden een vergelijking met de aansprakelijkheidsverzekering.

de uitsluiting van de werkgever of collega van de benadeelde zou zijn geweest. De benadeelde werknemer c.q. de sociale verzekeraar kan de derde-aansprakelijke daarom slechts tot schadevergoeding verplichten onder aftrek van het aandeel dat aan de 'immune' werkgever of collega toegerekend dient te worden.¹⁰⁵ De draagplicht van de debiteuren volgens de interne rechtsverhouding treedt hier dus als het ware naar buiten en bepaalt de omvang van aansprakelijkheid van de derde jegens de benadeelde.¹⁰⁶

Voor ons recht is vergelijkbare rechtspraak bekend. In de eerste plaats is er de zaak *Eerste Rotterdamsche/Dijkzeul*.¹⁰⁷ Werkgever Doemges bestuurt persoonlijk een auto waar een aantal van zijn werknemers in meerijden. Er vindt een ongeval plaats door de schuld van Doemges en de bestuurder van een andere auto, een zekere Dijkzeul. Dit zou tot (naar thans geldend recht: hoofdelijke) aansprakelijkheid van Doemges en Dijkzeul leiden. De werknemers ontvangen evenwel een uitkering krachtens de Ongevallenwet 1921 en de uitkeringsinstantie zoekt volledig verhaal op Dijkzeul. Deze verweert zich met de stelling dat hij slechts 50% schuld aan de aanrijding had en dat de andere 50% voor eigen rekening van de uitkeringsinstantie dient te blijven, nu deze 50% aan de werkgever toe te rekenen valt. De Hoge Raad beschrijft eerst het stelsel van de Ongevallenwet 1921. De werkgever sluit een verzekering, die zijn civiele aansprakelijkheid – indien aanwezig – geheel doet vervallen behoudens opzet of roekeloosheid (art. 93 Ongevallenwet 1921). Dit heeft volgens de Raad twee gevolgen: aan de ene kant bepaalt de wet in art. 93 dat de werkgever niet langer aansprakelijk is jegens de werknemer en aan de andere kant geeft art. 95 aan de risicodragers een wettelijk verhaalsrecht waarmee deze kan verhalen hetgeen de werknemer zou hebben kunnen verhalen. De vraag die beantwoord moet worden is of het verhaalsrecht in omvang beïnvloed wordt door medeschuld van de werkgever, die door de wet van aansprakelijkheid (en daarmee van draagplicht) is ontslagen. De Hoge Raad beantwoordt de vraag bevestigend:

'dat immers niet aannemelijk is dat de wetgever, indien hij zich de bedoelde situatie voor ogen zou hebben gesteld, zou hebben aanvaard dat de exoneratiebe-

105 Zie vooral BGH 12-6-1973, BGHZ 61, 51. Vgl. Boulanger (1974), p. 225-228, Steinbeis (1974), p. 105-106, Klimke (1980), p. 525-526, Denck (1988), p. 266.

106 Münch. Komm. § 426 rdnr. 23. Onduidelijk is of, indien van drie potentiële hoofdelijk aansprakelijken er een van aansprakelijkheid is uitgesloten, hoofdelijkheid bestaat van de 'overgebleven' twee aansprakelijken. Ludewig (1968), p. 122 en W. Selb, Die mehrfach hinkende Gesamtschuld, in: B. Pfister, M.R. Will, *Festschrift für W. Lorenz zum siebzigsten Geburtstag*, Tübingen 1991, p. 248 lijken, evenals BGH 2-5-1972, BGHZ 58, 355 en BGH 12-6-1973, BGHZ 61, 51, de vraag bevestigend te beantwoorden.

107 HR 13-1-1967, NJ 1967, 60 nt. GJS (Eerste Rotterdamsche/Dijkzeul). Vgl. Hof Arnhem 8-1-1964, NJ 1964, 333 (Mucami/Centrale Werkgevers Risico Bank).

paling van art. 93, die is gegeven om te voorkomen dat de werkgever door de getroffen of zijn nagelaten betrekkingen nog eens zou kunnen worden aangesproken tot betaling van een schadeloosstelling die in het wettelijke systeem reeds, direct of indirect, in de vorm van de door hem krachtens de wet te verrichten betalingen, te zijnen laste is gebracht, tevens daartoe zou leiden dat de werkgever, met terzijdestelling van de regelen omtrent de onderlinge verhaalsplicht tussen twee of meer personen die ieder voor zich aansprakelijk zijn voor de gevolgen van een onrechtmatige daad, tot het volle bedrag de door hem aan de Sociale Verzekeringsbank uitbetaalde schadeloosstelling van de medeschuldige (binnen de grenzen van diens aansprakelijkheid naar het gemene recht) zou kunnen opeisen;

O. dat voorts niet kan worden aanvaard, dat het antwoord op de vraag of de aangesproken derde-medeschuldige al dan niet het recht zou hebben op medeschuld van de werkgever aan het ontstaan van het ongeval beroep te doen, zou afhangen van de voor die derde toevallige omstandigheid door wie – de werkgever die eigen risico draagt dan wel het lichaam aan hetwelk het risico is overgedragen, of de Sociale Verzekeringsbank – in het gegeven geval het risico moet worden gedragen en door wie in verband daarmee de verhaalsactie kan worden ingesteld;

O. dat mitsdien moet worden aangenomen dat in het systeem der wet dat recht hem toekomt, ook wanneer een ander dan de werkgever de in art. 95 bedoelde verhaalsvordering instelt; dat hieraan niet afdoet de omstandigheid dat deze vordering in beginsel is de vordering die, had de regeling van de Ongevallenwet niet bestaan, aan de getroffen werkman of zijn nagelaten betrekkingen zou zijn toegekomen, nu aan de wettelijke regeling de gedachte ten grondslag ligt dat het de werkgever is die het risico van de ongevallen de werklieden in verband met hun dienstbetrekking overkomen behoort te dragen en die (...) door middel van betaling van premie aan het lichaam dat het risico draagt van de uitkering van de schadeloosstellingen door dit lichaam moet mogelijk maken.'

Deze uitspraak zou vandaag in essentie niet anders zijn geweest, hoewel met vervanging van de Ongevallenwet door Ziektewet en WAO de juridische vormgeving van het verhaalsrecht inmiddels veranderd is. Ons recht kent thans niet meer de uitsluiting van aansprakelijkheid van de werkgever of werknemer-collega jegens de werknemer, maar de uitsluiting van verhaal door de uitkeringsinstantie op de werkgever en werknemer-collega.¹⁰⁸ In ons recht manifesteert de verstoring van de hoofdelijkheid zich dus niet langer in de externe verhoudingen maar in de verhaalsverhouding tussen (sociale) verzekeraar en derde-aansprakelij-

108 Dit betekent dat de werkgever sinds intrekking van de Ongevallenwet 1921 overigens niet langer immuun is voor aansprakelijkheid jegens zijn werknemer (bijv. ex art. 7:658 BW).

ke.¹⁰⁹ Hoe dat ook zij, in essentie gelden voor ons recht nog immer dezelfde overwegingen om niet de derde-aansprakelijke te belasten met de verstoring van de hoofdelijkheidsverhouding. Dat blijkt ook uit de zaak *Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Brok & Van de Graaf*.¹¹⁰ De militair Van de Broek rijdt mee in de auto van zijn collega Van de Graaf. Deze auto komt in botsing met de door Brok bestuurde auto. De bedrijfsvereniging BVO spreekt Brok en Van de Graaf aan tot betaling van de schade zoals die door BVO vergoed is aan Van de Broek. In een door BVO tegen Brok ingestelde procedure is komen vast te staan dat de schade voor 80% aan Brok, en voor 20% aan Van de Graaf te wijten is. Verhaal door BVO op collega Van de Graaf is wettelijk uitgesloten.¹¹¹ Dit heeft volgens de Hoge Raad tot gevolg dat Brok slechts kan worden aangesproken tot vergoeding van zijn aandeel in de veroorzaking van de schade:

'Het hier door B.V.O. op Brok genomen verhaal is gegrond op overeenkomstige toepassing van de art. 52a ZW en 90 WAO. Deze artikelen beperken dit verhaal tot ten hoogste het bedrag waarvoor de naar burgerlijk recht aansprakelijke persoon "bij het ontbreken van de aanspraken krachtens deze wet naar burgerlijk recht aansprakelijk zou zijn, verminderd met een bedrag gelijk aan dat van de schadevergoeding tot betaling waarvan de aansprakelijke persoon jegens de verzekerde naar burgerlijk recht is gehouden".

Deze bepaling strekt ertoe te voorkomen dat een naar burgerlijk recht aansprakelijke persoon als gevolg van voormelde verhaalsrechten in totaal tot een hoger bedrag dan naar burgerlijk recht aansprakelijk zou zijn.

Het strookt met deze strekking dat de aangesprokene jegens het verhaal nemend orgaan een beroep kan doen op het ontbreken van verhaal zijnerzijds

109 Wat betreft het verhaalsrecht van de sociale verzekeraars op grond van een specifieke wetsbepaling, betwijfel ik overigens of dit een regresrecht is als bedoeld in art. 6:10 BW. Anders dan de particuliere verzekeraar is de sociale verzekeraar m.i. niet hoofdelijk verbonden met de aansprakelijke veroorzaker(s), aangezien niet aangenomen kan worden dat eventuele vergoeding van de schade door de veroorzaker mede de (publiekrechtelijke) financiële verplichtingen van de sociale verzekeraar jegens de benadeelde/verzekerde teniet doet gaan. Evenmin doet de *nakoming* van de verplichtingen door de sociale verzekeraar de schadevergoedingsverbintenis van de veroorzaker tenietgaan; het zijn specifieke wetsbepalingen op grond waarvan deze verbintenissen reeds voordien tenietgaan. Zie bijv. art. 52 Zw (art. 6:107a lid 1 BW), art. 89 WAO, art. 83a ZfW en art. 60 ANW. Dit heeft tot gevolg dat de derde-aansprakelijke, anders dan bij hoofdelijkheid, jegens de benadeelde juist wel het verweer kan voeren dat deze zijn schade op andere wijze vergoed kan krijgen, namelijk door een beroep te doen op de sociale verzekering. Bij hoofdelijkheid is een dergelijk verweer nu juist in de regel niet te voeren. Vgl. HR 20-6-1969, NJ 1969, 374 nt. GJS (Zitman/De Nieuwe Eerste Nederlandsche) en HR 20-5-1983, NJ 1984, 649 nt. FHJM (Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Brok & Van de Graaf). Dit alles neemt echter niet weg dat grote gelijkenis bestaat tussen de regresfiguren van art. 6:10 en 12 BW, art. 284 K. en de specifieke sociaalrechtelijke regresrechten.

110 HR 20-5-1983, NJ 1984, 649 nt. FHJM (Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten/Brok & Van de Graaf). Vgl. Ktg. 's-Hertogenbosch 9-8-1984, VR 1986, 96 (Ziekenfonds Midden-Brabant/Interpolis).

111 Art. 8 Wet Arbeidsongeschiktheidsvoorziening Militairen (WAMIL) j° art. 90 WAO.

op een mede-schuldige als Van de Graaf, omdat deze jegens hem het voormelde verweer uit de boven genoemde art. 52b en 91 (inhoudende uitsluiting van aansprakelijkheid, WvB) kan voeren.

Dit leidt ertoe dat ook 's Hofs oordeel dat Brok jegens B.V.O. slechts overeenkomstig zijn schuldaandeel van 80% aansprakelijk is, juist is, en dat ook de hiertegen gerichte klachten falen.'

De tendens is duidelijk: de derde-aansprakelijke kan zich jegens de sociale verzekeraar beroepen op vermindering van de omvang van het verhaalsrecht in evenredigheid met het aandeel (in de veroorzaking van het ongeval) van de persoon wiens aansprakelijkheid is uitgesloten. Dat hangt samen met doel en strekking van de desbetreffende sociale verzekering; die strekt ertoe de verzekerde en zijn werkgever tegen betaling van premie te ontlasten van de financiële gevolgen van arbeidsongeschiktheid, maar heeft uiteraard niet ten doel de interne verhoudingen tussen hoofdelijke debiteuren zodanig te veranderen dat een derde-aansprakelijke opeens voor meer zou moeten opdraaien dan het geval zou zijn als de sociale verzekering niet bestond.

In de twee hiervoor behandelde arresten heeft de Hoge Raad de methode van de 'evenredige vermindering' toegepast op het verhaal van sociale verzekeraars. Niets staat er aan in de weg om deze arresten ook toe te passen op gevallen van verstoorde verhoudingen bij hoofdelijkheid, zij het dat steeds moet worden gelet op de aard en strekking van de concrete wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid. Die bepalen namelijk wie de lasten moet dragen van de verstoring.¹¹² De behandelde rechtspraak is wat dit betreft 'gekleurd' door de draagkracht van de specifieke benadeelde: de sociale verzekeraar is nu eenmaal draagkrachtiger dan de gemiddelde benadeelde.

Van de schaarse wettelijke uitsluitingen noem ik art. 12 van de Wet op de Telecommunicatievoorzieningen.¹¹³ Op grond van deze bepaling – die overigens met inwerkingtreding van de Telecommunicatiewet zal vervallen – is aansprakelijkheid van de concessiehouder *beperkt* tot drie categorieën schadegebeurtenissen (waaronder schade door dood en letsel). Andere schade, zoals zuivere vermogensschade, komt in het geheel niet voor vergoeding in aanmerking.¹¹⁴ De uitsluiting en limitering werden volgens de wetgever gerechtvaardigd door kort gezegd de potentieel onoverzienbare omvang van het aantal claims en de hoogte daarvan bij wanprestatie van de telecommunicatie-licentiehouders.¹¹⁵ De parlementaire stukken

112 Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-28.

113 Zie ook nog art. 7 Postwet.

114 Bovendien is de omvang van de aansprakelijkheid voor de gebeurtenissen waarvoor wel aansprakelijkheid bestaat, gelimiteerd tot twee miljoen gulden per gebeurtenis. Zie het Besluit van 19-12-1988, Stb. 603 (Besluit limitering aansprakelijkheid telecommunicatie).

115 Die gronden bestaan, zo zou ik menen, nog steeds. Inmiddels acht de regering ze blijkbaar minder klemmend dan voorheen.

zwijgen over de verstorende gevolgen die wettelijke uitsluiting kan hebben voor eventuele hoofdelijkheidsverhoudingen. Gegeven de ratio van de uitsluiting, te weten bescherming van de concessiehouder tegen claims van desastreuze omvang, lijkt het niet in overeenstemming met de bedoeling van de wetgever om eventuele regresvorderingen van derden op de concessiehouder ongewijzigd te laten. Maar evenmin lijkt de wetgever het aandeel van de concessiehouder in de interne draagplicht te hebben willen schuiven op het bord van de derde-aansprakelijke. Het lijkt dus correct om te veronderstellen dat de omvang van de aanspraken van de benadeelde jegens de derde verminderd worden met het aandeel van de concessiehouder in de interne draagplicht. Dat betekent bijvoorbeeld dat een derde die intern geheel vrij van draagplicht is, ook geheel vrij van aansprakelijkheid jegens de benadeelde zal zijn. Gedacht kan worden aan een werknemer van de concessiehouder; de werknemer zou op grond van (art. 6:170 lid 3 en) art. 7:661 BW recht hebben op schadeloosstelling door zijn werkgever. Het is daarom vanzelfsprekend om de benadeelde diens aanspraken jegens de werknemer van de concessiehouder te ontfangen.¹¹⁶

Het uitgangspunt van evenredige vermindering van de aanspraken jegens de resterende debiteuren kan echter niet in alle gevallen onverminderd worden doorgevoerd. Gesteld bijvoorbeeld dat de concessiehouder werkzaamheden aan de kabelinfrastructuur laat uitvoeren door een aannemer en dat door samenlopende fouten van aannemer en concessiehouder schade wordt toegebracht. De veroorzakingsbijdragen zijn $\frac{1}{3}$ respectievelijk $\frac{2}{3}$. Hoe moet de omvang van de aanspraak van de benadeelde jegens de aannemer worden bepaald indien de concessiehouder zich jegens de benadeelde op wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid kan beroepen en de concessiehouder zich jegens de aannemer contractueel heeft verplicht om deze te vrijwaren van eventuele aanspraken van derden? Voor alle schade die de benadeelde op de aannemer kan verhalen, heeft de aannemer een contractueel verhaalsrecht op de concessiehouder. Kan de benadeelde zijn schade thans geheel op de aannemer verhalen, helemaal niet of slechts voor $\frac{1}{3}$? Voor de eerste mogelijkheid pleit dat de concessiehouder blijkbaar bij contract heeft willen afwijken van de wettelijke uitsluiting. Ik denk dat uitleg van de contractuele vrijwaringsplicht beslissend moet zijn, maar ik geloof niet dat het voor de hand ligt te veronderstellen dat de concessiehouder met deze vrijwaring zijn beroep jegens de benadeelde op uitsluiting van aansprakelijkheid heeft willen prijsgeven. Voor de tweede mogelijkheid, te weten volledig verval van aansprakelijkheid van de aannemer, pleit dat hij in de interne verhouding tengevolge van de vrijwaringsclausule nu eenmaal geheel vrij van draagplicht was. Als gezegd wordt de omvang

¹¹⁶ De verweermiddelregeling van art. 6:257 BW bevestigt wat dit betreft slechts datgene wat reeds volgt uit aard en strekking van de wettelijke aansprakelijkheidsuitsluiting.

van de aanspraak van de benadeelde jegens de aannemer verminderd met het aandeel van de concessiehouder in de interne draagplicht; als dat echter betekent dat door het opnemen van een vrijwaringsclausule in de aannemingsovereenkomst de schadevergoedingsrechten van de benadeelde kunnen worden gefrustreerd, dan veroordeelt de redenering zichzelf. De vrijwaringsplicht werkt natuurlijk niet ten nadele van de benadeelde.¹¹⁷ Ik denk derhalve dat de laatste mogelijkheid de juiste is: de benadeelde kan de aannemer voor 1/3 van de schade aanspreken; de aannemer kan vervolgens de concessiehouder hiervoor in vrijwaring aanspreken. Deze oplossing lijkt ook het meest in overeenstemming met het karakter van de vrijwaring: de plicht van de concessiehouder om de gewaarborgde aannemer van diens veroorzakingsbijdrage te bevrijden. De vrijwaringsplicht houdt dus geen vergroting in van de rechten van de benadeelde, noch tegenover de aannemer noch tegenover de concessiehouder.

Voor het omgekeerde geval, namelijk waarin de aannemer een vrijwaringsplicht op zich neemt tegenover de concessiehouder, zou men kunnen verdedigen dat met deze plicht het 2/3 aandeel van de concessiehouder wordt overgenomen door de aannemer. Het gevolg zou zijn dat deze voor de gehele schade aansprakelijk is jegens de benadeelde.¹¹⁸ Mijns inziens zal uitleg van de vrijwaringsclausule beslissend zijn; het ligt echter niet voor de hand te veronderstellen dat de aannemer de plicht op zich neemt om de concessiehouder te vrijwaren van een verplichting (jegens een benadeelde) die deze in het geheel niet heeft.

Het is niet gemakkelijk om de hier besproken 'evenredige vermindering' in ons wettelijk systeem in te passen. Uit de behandelde arresten van de Hoge Raad lijkt een benadering te volgen waarin het aandeel van een der aansprakelijken als het ware wordt toegerekend aan de benadeelde (c.q. de sociale verzekeraar). Hieraan zou naar thans geldend recht een extensief beroep op art. 6:101 BW ten grondslag kunnen worden gelegd.

Een geheel andere benadering dan die van de 'evenredige vermindering' zou zijn waarin men de omvang van de aansprakelijkheid van de derde-aansprakelijke ongemoeid laat, en het op de omstandigheden van het geval laat aankomen wat betreft de vraag wie de gevolgen van de uitsluiting moet dragen, de mede-aansprakelijke(n) of de crediteur. De uitsluiting kan dan als omstandigheid worden meegewogen bij beantwoording van de vraag of de omvang van de (in beginsel volledige) aansprakelijkheid van de resterende debiteur(en) bij wijze van matiging ex art. 6:109 BW moet worden gereduceerd. De Hoge Raad zou naar thans geldend recht ook tot een evenredige vermindering kunnen komen met een beroep op art.

117 Uitdrukkelijk in andere zin: BGH 17-2-1987, NJW 1987, p. 2669; kritisch: Denck (1988), p. 266 e.v. Deze beslissing trof echter niet de benadeelde in persoon, maar de sociale verzekeraar die verhaal wilde nemen op de derde-aansprakelijke.

118 Een dergelijke beslissing treft men aan in BGH 23-1-1990, BGHZ 110, 114.

6:109. Ook kan met toepassing van art. 6:109 bij wijze van *algemene regel* in voorkomende gevallen worden gematigd ten laste van de sociale verzekeraar.¹¹⁹ Zou de matiging evenwel een andere persoon treffen dan een draagkrachtige sociale verzekeraar, dan ligt het meer voor de hand om bijvoorbeeld de wederzijdse draagkracht van de resterende debiteuren enerzijds en de crediteur anderzijds af te wegen. In het voorbeeld van de concessiehouder, de aannemer en de benadeelde zou bijvoorbeeld de uitkomst kunnen zijn dat de aannemer de meest aangewezen persoon is om de schade te dragen en dat geen grond bestaat voor toepassing van art. 6:109. De benadeelde kan dan volledige schadevergoeding van de aannemer vorderen.

De oplossing waarbij de aansprakelijkheidsuitsluiting via het matigingsrecht van art. 6:109 doorwerkt in de andere hoofdelijke verbintenissen spreekt in zekere zin aan, omdat zij een geheel op maat gesneden oplossing mogelijk maakt. Daarin schuilt echter ook haar zwakte; de matigingsvariant biedt rechtsonzekerheid en laat veel ruimte aan de rechter om beleid te voeren. Het zou de wetgever moeten zijn die aangeeft wat de gevolgen van de uitsluiting zijn en wie die gevolgen moet dragen. Bij gebreke van een wettelijke regeling of een richtinggevende totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende wettelijke regeling, moet mijns inziens in beginsel de evenredige verminderingsgedachte toegepast worden (en komt dus de uitsluiting ten laste van de benadeelde/crediteur). Daarvan kan worden afgeweken indien dit in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.¹²⁰ Afwijking leidt er dan toe dat de resterende debiteuren onverkort aansprakelijk zijn en dat zij het onverhaalbare gedeelte met (analoge) toepassing van art. 6:13 BW intern omslaan.

5.4.3 wettelijke limitering van aansprakelijkheid

Wettelijke limitering van de omvang van aansprakelijkheid komt in het Nederlandse vermogensrecht nauwelijks voor. Wel kennen wij limieten in het vervoerrecht; die zijn grotendeels op verdragsverplichtingen terug te voeren. Voor het gemene vermogensrecht bestaat het tot op heden ongebruikte art. 6:110 BW. Van de weinige bijzondere limiteringsregelingen¹²¹ noem ik bij wijze van voorbeeld het Besluit limitering aansprakelijkheid telecommunicatie, dat aansprakelijkheid van de

119 Weliswaar is art. 6:109 primair geschreven voor toepassing naar aanleiding van *concrete* omstandigheden, maar dat argument – dat evenzeer geldt voor art. 6:101 BW – lijkt de Hoge Raad niet te weerhouden van het stellen van algemene regels. Zie HR 10-6-1990, NJ 1991, 720 nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt) en HR 28-2-1992, NJ 1993, 566 nt. CHJB (IZA/Vrerink).

120 Men zou dit een 'omgekeerde matigingsregel' kunnen noemen: in beginsel wordt er 'gematigd' in de verbintenissen tussen crediteur en resterende debiteuren, tenzij de crediteur aangeeft waarom dat in de gegeven omstandigheden kennelijk onaanvaardbaar zou zijn.

121 Voor voorbeelden zie men F. de Vries, *Wettelijke limitering van aansprakelijkheid*, diss. Leiden 1990.

concessiehouder – indien sprake is van aansprakelijkheid – tot een bedrag van twee miljoen gulden per gebeurtenis beperkt.¹²²

De omstandigheid dat er weinig voorbeelden van wettelijke limitering zijn, maakt het lastig om aan te geven wat daarvan de gevolgen zijn voor hoofdelijkheid. Een belangrijk verschil tussen uitsluiting en limitering van aansprakelijkheid is dat limitering slechts een 'plafond' in de omvang van aansprakelijkheid aanbrengt. Blijft het verschuldigde bedrag onder de limiet, dan ontstaan geen complicaties voor de toepassing van de hoofdelijkheidsregels. Slechts boven de limiet worden de hoofdelijkheidsverhoudingen verstoord. De gelimiteerd aansprakelijke debiteur kan niet boven de limiet worden aangesproken, terwijl de andere debiteuren tengevolge van de zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen in beginsel ongelimiteerd aansprakelijk blijven.¹²³ Dit leidt uiteraard tot de vraag of de externe limiet interne doorwerking toekomt en zo ja, of de resterende debiteuren dan de rekening van de limitering betalen.

De wetgever heeft deze lastige vragen bij de vervoerrechtelijke limitering goeddeels opgelost door de limitering van aansprakelijkheid mede uit te laten strekken over de verbintenissen van bepaalde 'resterende' debiteuren.¹²⁴ Dit komt er praktisch gesproken op neer dat het veelal de benadeelde (en diens schadeverzekeraar) is die de gevolgen van de limitering draagt. Voor het gemene vermogensrecht bestaat geen algemene bepaling inzake derdenwerking van wettelijke limieten. Wel kan worden gedacht aan een specifieke bepaling als art. 6:257 BW, dat de werknemer van de gelimiteerd aansprakelijke beroep op de limiet toekent. Deze bepaling wordt – net als de vergelijkbare vervoerrechtelijke bepalingen – gerechtvaardigd door de omstandigheid dat de gelimiteerd aansprakelijke in zijn interne verhouding tot de in beginsel onbeperkt aansprakelijke geheel draagplichtig is.¹²⁵ Dat pleit er voor om in voorkomende gevallen ook buiten de wettelijk geregelde gevallen derdenwerking van de limitering toe te staan – zoals ik ook in paragraaf 5.4.2 voor de uitsluiting van aansprakelijkheid bepleitte.¹²⁶

Afgezien van de wettelijke derdenwerking van de limitering, zijn er drie mogelijkheden om de gevolgen van de limitering af te wikkelen. In de eerste plaats is denkbaar dat de resterende debiteuren weliswaar ongewijzigd aansprakelijk blijven tegenover de crediteur, maar dat de limiet niet aan eventuele regresrechten

122 Zie nt. 114. Met invoering van de Telecommunicatiewet vervalt deze limitering. Zie uitvoerig TK 1996-1997, 25 533, nr. 3, p. 43 e.v.

123 Zie aldus BGH 27-2-1964, BGHZ 41, 203, alsmede RGRK § 840 rdnr. 12 (met verwijzing naar uitspraken van het BGH die strikt genomen een ander probleem behandelen, t.w. samenloop van medeschuld en eigen schuld; BGH 3-2-1954, BGHZ 12, 213, BGH 16-6-1959, BGHZ 30, 203) en Habermeier (1968), p. 56.

124 Zie art. 8:750 j° 752 j° 758 BW.

125 Helm (1961), p. 151.

126 Een zekere derdenwerking van de limitering doet zich ook voor in de in par. 2.5 beschreven gevallen van afhankelijke en subsidiaire verbintenissen.

kan worden tegengeworpen, zodat de externe limitering zonder betekenis blijft in de interne rechtsverhoudingen. Deze oplossing laat zich nauwelijks verenigen met de strekking van de wettelijke limiet, te weten bescherming van de debiteur tegen de potentieel desastreuze (want: onverzekerbare) omvang van aansprakelijkheid.¹²⁷ Die beschermingsstrekking verdraagt zich dus slecht met de ongewijzigde mogelijkheid van regres. In beginsel zal daarom het regres niet boven de limiet kunnen uitstijgen.¹²⁸ De limiet kan als verweermiddel in de zin van art. 6:11 BW worden tegengeworpen aan het regres, tenzij uit de specifieke interne verhouding volgt dat de gelimiteerd aansprakelijke ook het surplus dient te dragen (bijvoorbeeld als deze zich tegenover de andere debiteur tot vrijwaring heeft verplicht).

In de tweede plaats is denkbaar dat de aansprakelijkheid van de resterende debiteuren ongewijzigd blijft en dat zij de onverhaalbaarheid van het surplus omslaan op grond van art. 6:13 BW. Het zijn dan de debiteuren die de rekening van de limitering betalen. Dat is een verzwaring van de draagplicht van deze debiteuren, waar de wetgever die de limitering in het leven roept toch ten minste bij stil moet hebben gestaan. Als de wetgever dat voor ogen stond, moet zulks uit de totstandkomingsgeschiedenis van de desbetreffende limiteringsmaatregel blijken, hetgeen voor zover mij bekend tot op heden nimmer het geval is geweest. Denkbaar zou voorts zijn dat het door de limitering onverhaalbaar gebleken bedrag gelijkelijk wordt gedragen door de debiteuren enerzijds en de crediteur anderzijds, maar deze 'Halbe-Halbe' oplossing stuit m.i. af op dezelfde bezwaren als er bestaan tegen de omslagvariant.

Dan blijft een laatste, mijns inziens de meest verkieslijke mogelijkheid over; ik refereerde er al eerder aan: de limitering in de ene verbintenis moet in beginsel leiden tot een evenredige vermindering in de resterende verbintenissen. Dat werkt aldus uit. Stel dat A en B – de wettelijke limitering weggedacht – hoofdelijk tot schadevergoeding van 100.000 verplicht zijn. In hun interne verhouding zijn zij draagplichtig voor 2/3 respectievelijk 1/3. A komt beroep toe op een wettelijke aansprakelijkheidslimiet van 50.000. Gesteld dat B 100.000 aan de benadeelde voldoet en vervolgens 66.600 tracht te verhalen op A. A is draagplichtig voor 2/3 van 100.000, met als maximum verhaalbaar bedrag 50.000. Het is dus uitdrukkelijk niet zo dat A slechts voor 2/3 van 50.000 in regres kan worden aangesproken. De limitering is een plafond dat zonodig als 'correctie' op een rekenkundige uitkomst van 66.600 (2/3 van 100.000) wordt aangebracht.¹²⁹ Hierin verschilt mijns inziens de wettelijk gelimiteerde aansprakelijkheid van de gevallen die ik behandelde in paragraaf 4.5.4.7. Het bedrag van 16.600, dat B teveel blijkt te hebben betaald

127 Vgl. over e.e.a. De Vries, a.w., p. 70 e.v.

128 Aldus expliciet voor Engels recht s. 2 (3) Civil Liability (Contribution) Act 1978; zie daarover Goff en Jones (1993), p. 326-327.

129 Zie aldus BGH 4-4-1960, BGHZ 32, 149, BGH 14-7-1964, NJW 1964, p. 1898. Vgl. Ludewig (1968), p. 63 en Giemulla (1988), p. 148 e.v.

aan de benadeelde, kan hij van deze als onverschuldigd terugvorderen. Efficiënter zou het uiteraard zijn als B op voorhand op de hoogte is van A's beroep op de wettelijke limiet; aangenomen kan worden dat A onder omstandigheden een mededelingsplicht terzake heeft. Ik volsta hier met verwijzing naar paragraaf 5.2.5.

5.4.4 *verjaring en verval*

De hoofdelijke verbintenissen zijn in beginsel zelfstandig aan verjaring onderworpen, zo constateerde ik reeds in paragraaf 3.7. Verjaring van de ene verbintenis tast de resterende hoofdelijke verbintenissen niet aan. Dat is in uitzonderlijke gevallen anders; zie ook daarover paragraaf 3.7.

Het antwoord op de vraag of verjaring in een van de hoofdelijke verbintenissen mede doorwerking in de interne verhouding toekomt, wordt niet door het eerste lid maar door het derde lid van art. 6:11 BW beantwoord. Terwijl het eerste lid als uitgangspunt lijkt te nemen de derdenwerking van verweermiddelen, lijkt het derde lid er van uit te gaan dat verjaring in de externe verhouding in de regel *niet* kan worden tegengeworpen aan het regres van een mededebiteur.¹³⁰ Art. 6:11 lid 3 BW luidt:

Een beroep op verjaring van de rechtsvordering van de schuldeiser komt de tot bijdragen aangesprokene slechts toe, indien op het tijdstip van het ontstaan van de verplichting tot bijdragen zowel hijzelf als degene die de bijdrage verlangt, jegens de schuldeiser de voltooiing van de verjaring had kunnen invoeren.

Toepassing van art. 6:11 lid 3 noopt allereerst tot beantwoording van de vraag op welk moment een regresrecht ontstaat: bij het ontstaan van de hoofdelijkheid of bij het betalen op de hoofdelijke verbintenis? Voor de verjaring van het regresrecht zelf is dat weliswaar niet van belang – die verjaring vangt aan naar aanleiding van de opeisbaarheid van de regresvordering (zie daarover paragraaf 4.4.1) –, maar voor toepassing van art. 6:11 lid 3 lijkt het relevant te zijn. De gangbare opvatting is dat regresrechten ontstaan met het ontstaan van de hoofdelijkheid, en dat zij voorwaardelijk blijven totdat de desbetreffende debiteur betaalt.¹³¹ Zou men die opvatting als uitgangspunt nemen bij de toepassing van art. 6:11 lid 3, dan zou zulks er vrijwel nooit toe leiden dat verjaring doorwerkt in de interne rechtsverhoudingen. Immers: wanneer doet het zich voor dat in elk van twee hoofdelijke verbintenissen ten tijde van het ontstaan van de samenloop reeds verjaring is

130 In gelijke zin (voor hoofdelijkheid in situaties die in ons land onder de noemer van art. 6:102 BW worden gebracht) de Engelse Civil Liability (Contribution) Act 1978 (s. 1(3)); daarover Goff en Jones (1993), p. 324-325.

131 Zie N.E.D. Faber, NTBR 1995, p. 35 e.v. met nadere verwijzingen.

ingetreden? Gaat men uit van de opvatting dat het regresrecht pas ontstaat met betaling aan de crediteur, dan krijgt art. 6:11 lid 3 een breder toepassingsbereik.¹³² Maar ook dan zal het zich niet snel voordoen dat betaald wordt op een verjaarde vordering. En zou zich het geval wel voordoen, dan is het verweer zoals dat in art. 6:11 lid 3 wordt gehonoreerd, zeer begrijpelijk. Het verweer komt immers neer op het verwijt dat degene die betaalde, evenmin als de aangesprokene tot betaling verplicht was. Overigens valt op dat de debiteur wiens schuld was verjaard, na betaling op deze natuurlijke verbintenis toch regres toekomt indien de andere debiteur ten tijde van de betaling nog geen beroep op verjaring toekwam.

Hoe dit alles ook zij, de teneur van art. 6:11 lid 3 is dat het regres slechts wordt gefrustreerd door verjaring in de externe rechtsverhouding, indien op het moment van betaling reeds verjaring was ingetreden in de verbintenissen van zowel de debiteur die betaalde als van de in regres aangesproken debiteur.¹³³ In dat geval kan geen regres op grond van art. 6:10 BW worden genomen, maar eventuele andere rechtsgronden voor verhaal blijven zelfstandig voortbestaan (bijvoorbeeld een contractuele rechtsgrond).

Uit de rechtsverhouding van de debiteuren kan iets anders voortvloeien dan hetgeen uit art. 6:11 lid 3 volgt, aldus in essentie art. 6:11 lid 4. Dat is belangrijk, want ik meen dat men de uiteenlopende gevallen van hoofdelijkheid wat dit betreft niet over één kam mag scheren. Ik noem een aantal situaties die tot verschillende uitkomsten leiden.¹³⁴

A en B hebben zich gelijktijdig en gezamenlijk hoofdelijk verbonden tegenover C, terwijl A intern geheel draagplichtig is; beide hoofdelijke verbintenissen zijn aan dezelfde verjaringstermijn onderworpen. C laat zijn vordering op A verjaren, terwijl hij de vordering op B op tijd heeft gestuit. B wil na betaling aan C regres nemen op A. Terecht staat art. 6:11 lid 3 in dit geval regres toe. De verjaring van de vordering jegens A is zonder betekenis in de bijzondere rechtsverhouding tussen de hoofdelijke debiteuren, die *ab initio* van elkaars bestaan afwisten en die mede met het oog op elkaars debiteurschap de hoofdelijke verbintenissen aangingen: B mocht er jegens A op vertrouwen dat hij na betaling aan C verhaal kon nemen op A.

Een andere situatie. A is gebonden tegenover C; buiten medeweten van A verbindt B zich als hoofdelijk medeschuldenaar tegenover C. B stemt tegenover C in met een aanzienlijk langere verjaringstermijn dan die welke voor de schuld van A geldt. B betaalt en maakt zijn identiteit bekend aan A op een moment waarop diens schuld aan C is verjaard. Art. 6:11 lid 3 staat niet in de weg aan het regres van B, terwijl A er juist op mocht vertrouwen dat zijn verplichtingen geheel verjaard

132 De wetgever lijkt overigens ook te kiezen voor het moment van betaling als ontstaansmoment van de regresvordering. Zie Parl. Gesch. Boek 6, p. 115.

133 Aldus ook Parl. Gesch. Boek 6, p. 94.

134 Zie ook Hofmann-Van Opstall (1976), p. 489-490.

waren. A was geheel onbekend met (de verbintenis van) B, en door het regres toe te staan zou de positie van A – die alleen rekende met de omvang van zijn verplichtingen tegenover C – aanmerkelijk worden verzwaaard. Hier zou niet art. 6:11 lid 3 moeten gelden, maar zou veeleer moeten worden gekozen voor de benadering die ook ten grondslag ligt aan art. 7:868 BW, te weten dat de oorspronkelijke debiteur A het verjaringsverweer ook aan mededebiteur B kan tegenwerpen.

Honorering van het verjaringsverweer is mijns inziens afhankelijk van de specifieke rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren – of concreter: de specifieke (strekking van) hun afspraken –, en bijvoorbeeld ook van de vraag of het niet honoreren van het verweer een van de hoofdelijke debiteuren in een onverwacht slechtere positie brengt dan waarin deze tegenover de crediteur verkeerde. Uit de parlementaire geschiedenis blijkt niet dat deze genuanceerde benadering onverenigbaar zou zijn met hetgeen de wetgever voor ogen stond.¹³⁵ Het derde lid van art. 6:11 is slechts bedoeld als verduidelijking van hetgeen reeds zou volgen uit het oude art. 6.1.2.5 Ontwerp Meijers;¹³⁶ in dat ontwerp werd ook reeds de rechtsverhouding van de hoofdelijke debiteuren onderling als doorslaggevend geacht voor de interne doorwerking van externe verweren. Een afwijking van het derde lid is derhalve mogelijk en in bepaalde gevallen mijns inziens ook bepaald wenselijk.

5.4.5 *beperkende werking van redelijkheid en billijkheid*

Debiteur en crediteur staan tot elkaar in een door redelijkheid en billijkheid beheerste rechtsverhouding (art. 6:2 en 248 BW). Dit kan er toe leiden dat de inhoud van de verbintenis na het ontstaan ervan door een handeling van de crediteur wordt gewijzigd. Betreft het een *rechtshandeling* met of jegens de debiteur verricht, dan is art. 6:11 lid 2 van toepassing. Wat is echter het effect van een *gedraging* die tot wijziging van de verbintenis leidt? Ik denk bijvoorbeeld aan de situatie waarin de debiteur zijn recht op de prestatie tegenover een van de debiteuren verwerkt. In beginsel blijven de andere hoofdelijke verbintenissen ongewijzigd voortbestaan, tenzij uiteraard de rechtsverwerking ook die verbintenissen (be)treft. Heeft de rechtsverwerking ook gevolgen voor het regres op de desbetreffende debiteur? Zou bijvoorbeeld de debiteur tegenover wie rechtsverwerking plaatsvond, intern

¹³⁵ Zie voor vergelijkbare genuanceerde benaderingen ook Weir (1976), § 12-123 e.v.

¹³⁶ Deze bepaling luidde: 'Verweermiddelen die een hoofdelijke schuldenaar kan invoeren tegen de schuldeiser, kan hij ook invoeren tegen een hoofdelijke medeschuldenaar die de in het vorige artikel bedoelde bijdrage van hem verlangt, tenzij uit hun rechtsverhouding het tegendeel voortvloeit of het verweermiddel na de verbintenis van de medeschuldenaar zonder diens goedvinden was ontstaan.'

geheel draagplichtig zijn, dan zou doorwerking van de rechtsverwerking betekenen dat de resterende debiteuren de gevolgen dragen van de rechtsverwerking. Zou de rechtsverwerking niet doorwerken en zou dus het regres ongestoord kunnen plaatshebben, dan zou de crediteur via een omweg de gevolgen van rechtsverwerking ontlopen. De meest voor de hand liggende weg is dus ook hier om de vorderingen van de crediteur op de resterende debiteuren evenredig te verminderen met de omvang van de draagplicht van de debiteur in wiens verbintenis de rechtsverwerking heeft plaatsgevonden.

Een vergelijkbaar probleem doet zich voor bij rechterlijke wijziging van de overeenkomst op grond van art. 6:258 BW. De hoofdelijkheid hangt in dergelijke gevallen veelal samen met de (meerpartijen)contractuele rechtsverhouding tussen partijen, zodat in de gevolgen van een rechterlijke wijziging door de rechter of door het contract zelf wordt voorzien, danwel in de andere contractuele verbintenissen aanleiding geeft tot toepassing van art. 6:258 BW.

5.4.6 *matiging*

Bij rechterlijke matiging komt het aan op de concrete omstandigheden: die bepalen of tussen déze debiteur en déze crediteur grond bestaat voor matiging van de schadevergoedingsplicht. Om deze reden wordt aangenomen dat matiging geen afbreuk doet aan de omvang van de aansprakelijkheid van de andere debiteuren.¹³⁷ Kan de matiging wel als verweermiddel in de zin van art. 6:11 BW worden tegengeworpen aan het regres van deze andere debiteuren? Ik denk wel dat het een verweermiddel is, maar niet dat het per definitie kan worden tegengeworpen.¹³⁸ Het is de interne rechtsverhouding die bepaalt of de matiging in een van de hoofdelijke verbintenissen ook interne doorwerking heeft. Doorwerking zou kunnen betekenen dat de debiteur die zich met succes op matiging beriep, niet verder hoeft bij te dragen – als daar al sprake van was¹³⁹ – dan ten belope van diens gematigde schadevergoedingsplicht.¹⁴⁰ Hetgeen aldus onverhaalbaar blijkt, zal met overeenkomstige toepassing van art. 6:13 BW, over de resterende debiteuren worden omgeslagen.¹⁴¹ Het is echter niet uitgesloten dat ook de crediteur dient bij te dragen

137 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 113, Spier (1992), p. 33. J. Spier, NJB 1982, p. 232, lijkt ervan uit te gaan dat de eventualiteit van matiging in een van de hoofdelijke verbintenissen relevant kan zijn in een procedure tegen een van de andere hoofdelijke debiteuren.

138 Anders: P.J.A. Clavareau, NJB 1938, p. 396. Asser-Hartkamp I (1996), nr. 494, lijkt te menen dat überhaupt geen spake is van een verweermiddel in de zin van art. 6:11.

139 Vgl. voor een geval waarin matiging in de ene verbintenis door de rechter afhankelijk werd gesteld van de vraag of een andere persoon draagplichtig werd bevonden Hof 's-Hertogenbosch, te kennen uit HR 6-2-1998, NJ 1998, 350 (Paulissen/Tilburg en Brabocon).

140 Voor mogelijke berekeningsperikelen verwijs ik naar het voorbeeld dat ik gaf bij de limitering (zie par. 5.4.3).

141 Vgl. De Kok (1965), p. 145 en J. Spier, NJB 1982, p. 232.

in hetgeen aldus onverhaalbaar blijkt, en wel door evenredige vermindering van de aanspraken jegens de resterende debiteuren. Daartoe kan bijvoorbeeld aanleiding zijn als de matiging mede werking toekomt ten behoeve van de resterende debiteur(en) – ik denk aan art. 6:257 BW – of als de matiging in de ene hoofdelijke verbintenis tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen in de andere verbintenis(sen) leidt (hetgeen weer aanleiding kan geven tot toepassing van art. 6:109 BW).

5.5 Conclusie: debiteurenbescherming

Het is bij verstoorde hoofdelijkheidsverhoudingen steeds de vraag: wie moet de gevolgen van de verstoring ervaren? Daarvoor zijn drie mogelijkheden denkbaar: ófwel de persoon in wiens verbintenis de verstoring is opgetreden, ófwel de resterende debiteuren, ófwel de crediteur.¹⁴² Deze drie mogelijkheden sluiten elkaar niet uit; zij kunnen elk afwisselend worden gebruikt, al naar gelang de uitkomst van de afweging van de drie betrokken belangen – te weten die van de crediteur, de debiteur in wiens verbintenis de verstoring plaatsvond en de resterende debiteuren –, een en ander in het licht van strekking van de rechtshandeling, gedraging of wetbepaling die tot de verstoring leidde.¹⁴³

In veel gevallen is de verstoring echter terug te voeren op ófwel een uitdrukkelijke instemming van de crediteur met reductie of verval van zijn aanspraken jegens een der debiteuren, ófwel een uitdrukkelijke keuze van de wetgever om de aanspraken jegens een bepaalde debiteur geheel of gedeeltelijk te laten vervallen. Om deze reden ben ik van mening dat het in die gevallen het minst wenselijk is om de resterende debiteuren te belasten met de gevolgen van de verstoring; het lijkt integendeel juist om de crediteur te belasten met de gevolgen van zijn eigen handeling danwel de keuze van de wetgever. Zo moet de verstoring ten laste worden gebracht van de crediteur wanneer deze instemde met de schikking, afstand of exoneration, omdat het hem verboden is de gevolgen van de afstand of exoneration te ontlopen en via een omweg toch neer te leggen bij de desbetreffende debiteur. Zie paragraaf 5.3.3. Soms ook moet de crediteur de gevolgen van de verstoring dragen vanwege de bijzondere aard van de wettelijke aansprakelijkheidsuitsluiting van een der debiteuren en de daarmee samenhangende positie van de crediteur. Vergelijk paragraaf 5.4.2.

Ik concludeer dat de resterende debiteuren worden beschermd tegen aantasting van hun regresrechten door een verstoring tengevolge van een rechtshandeling

142 Zie over de 'leer' van de drie alternatieven in Duitsland bijv. B. Lemhöfer, VersR 1967, p. 1131, Thiele (1968), p. 156, Ising (1969), p. 161, Steinbeis (1974), p. 7-9, Klimke (1980), p. 468-469, J. Hager, NJW 1989, p. 1643, Brox (1992), rdnr. 431e.

143 Zo ook Ludewig (1968), p. 20 en Steinbeis (1974), p. 76.

die buiten hun medewerking of medeweten plaatsvond of tengevolge van een wettelijke ingreep die niet tot verslechtering van hun regresrechten strekt. De idee dat de debiteuren en hun regresrechten bescherming verdienen tegen handelingen waar zij niet bij betrokken zijn, kwam ook reeds in paragraaf 5.2 op veel plaatsen naar voren. Die debiteurenbescherming heeft, zo bleek op veel plaatsen in dit hoofdstuk, tevens een keerzijde. Debiteuren worden namelijk in zekere zin ook beschermd tegen de gevolgen van hoofdelijkheid die buiten hun medeweten ontstaat. Het beschermingsmes snijdt dus om uiteenlopende redenen aan twee kanten.

Procesrechtelijke aspecten

6.1 Inleiding: hoofdelijkheid in het 'tweepartijen-procesrecht'

Ons burgerlijk procesrecht is in de eerste plaats gericht op beslechting van geschillen tussen twee partijen. Hoofdelijkheid, dat een samenstel is van rechtsverhoudingen waarbij ten minste drie partijen zijn betrokken, lijkt weinig tot haar recht te komen in dit tweepartijen-procesrecht.¹ Een diepgaand onderzoek naar de feiten van het tweepartijen-procesrecht op dit punt valt buiten het bestek van deze studie, maar een behandeling van de voornaamste procesrechtelijke complicaties van de 'meerpactijenpuzzel' hoofdelijkheid mag niet ontbreken. Ik zal hierna op hoofdlijnen een beeld van deze complicaties schetsen. In paragraaf 6.2 worden algemene procesrechtelijke obstakels besproken die bij hoofdelijkheid spelen. In paragraaf 6.3 wordt de vraag besproken in hoeverre het gezag van gewijsde derdenwerking toekomt in verband met hoofdelijkheid. In paragraaf 6.4 wordt bekeken welke procesrechtelijke complicaties zich kunnen voordoen bij het uitoefenen van regresrechten.

6.2 Procesrechtelijke obstakels bij een 'driepartijenprocedure'

Hoofdkenmerk van hoofdelijkheid is dat van elke debiteur afzonderlijk de prestatie kan worden gevorderd die door allen verschuldigd is. Dit materieelrechtelijke uitgangspunt leidt ertoe dat de crediteur evenzovele rechtsvorderingen kan instellen als er debiteuren zijn.² De crediteur kan dus elk van de hoofdelijke debiteuren afzonderlijk en onafhankelijk van eventuele rechtsvorderingen jegens de andere debiteuren in een gerechtelijke procedure betrekken.³ Wordt de vordering jegens de ene debiteur af- of toegewezen, dan komt dit vonnis geen gezag van gewijsde toe ten opzichte van de andere debiteuren.^{4,5} Het gezag van gewijsde is namelijk

1 Vgl. W.H. van Boom, WPNR 6235 (1996), p. 620.

2 E. Gras, *Kracht en gezag van gewijsde*, diss. UvA 1994, p. 342. Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-47.

3 Asser-Hartkamp I (1996), nr. 105. Zie bijv. HR 26-4-1968, NJ 1969, 19 nt. HD (Rietbroek/-Alkemade). Vgl. ook HR 18-12-1959, NJ 1960 nt. HB (de Gouw/De Hamer en De Hamer q.q.) en HR 9-5-1969, NJ 1969, 307 nt. HD (vof R.L.B. c.s./La Neuchâteloise). Zie voor een andere benadering: CRvB 5-4-1993, RSV 1994, 37; vgl. daarover Wezeman (1998), p. 234 e.v.

4 Art. 67 Rv. Daarover meer uitgebreid Gras, a.w. (nt. 2), p. 298 e.v. In deze zin ook de bij Hofmann (1948) p. 176 nt. 5 en Asser-Rutten (1981), p. 108 genoemde schrijvers, alsmede Van Weel (1863), p. 308, De Kok (1965), p. 25, p. 155 en Asser-Hartkamp I (1992), nr. 104p. Zie voor toepassing

beperkt tot de procespartijen, aangezien het beginsel van hoor en wederhoor werking van het vonnis ten nadele van niet-partijen verbiedt. Voor hoofdelijke debiteuren is dit niet anders; hoofdelijke verbintenissen zijn ook in procesrechtelijk opzicht onafhankelijk van elkaar en de debiteuren zijn niet – althans niet uit hoofde van de hoofdelijkheid – tot wederzijdse (proces)vertegenwoordiging gerechtigd.⁶ Als een hoofdelijke debiteur verdediging voert in een door de crediteur aangespannen procedure, dan verdedigt hij zichzelf, niet ook mede de andere debiteuren. Dit betekent dat de andere debiteuren derden zijn ten opzichte van het gewijsde en dat zij enerzijds het vonnis dus niet tegen zich hoeven te laten gelden, maar er anderzijds evenmin rechten aan kunnen ontleen. Derden kunnen in beginsel evenmin rechtsmiddelen tegen het vonnis instellen.⁷ Hooguit kunnen in een verwant geding ‘vermoedens’ worden ontleend aan het vonnis.⁸ Overigens kunnen de niet-gedaagde debiteuren zich wel vrijwillig voegen in het geding.⁹

De crediteur kan dus – behoudens vrijwillige voeging door een mededebiteur – ‘één tegen één spelen’,¹⁰ maar als hij het zinvol vindt om twee of meer debiteuren tegelijk in één procedure te betrekken, dan is dat toegestaan. De crediteur die overweegt meer dan een debiteur te dagvaarden voor dezelfde procedure, zal een afweging moeten maken tussen de kansen dat zijn vorderingen tegen de gedaagde

van de regel uit art. 67 Rv. in het kader van hoofdelijkheid bijv. HR 1-12-1939, NJ 1940, 445 nt. EMM (Turfstrooiselfabriek ‘Klazienaveen’/Smit en NV Purit Maatschappij), HR 15-2-1963, NJ 1964, 423 nt. DJV (Houtappel/Velthuyzen), HR 3-12-1971, NJ 1972, 144 nt. GJS (Groningen & Lloyd/Kerssies), HR 5-1-1973, NJ 1973, 106 (Gerwers/Seigers), HR 21-1-1977, NJ 1977, 386 nt. ARB (Heijmans/Raaijmakers), Hof ’s-Hertogenbosch 17-11-1993, NJ 1994, 493 (Quickprime Finance Ltd/Limbutex BV), HR 2-5-1997, NJ 1997, 663 nt. Ma (Kip en Sloetjes/Boerenleenbank Winterswijk), HR 25-9-1998, NJ 1998, 892 (Haefner/ABN-Amro Bank). Vgl. voor Duitsland § 325 ZPO, en in verband met ‘Gesamtschuld’: RG 16-11-1908, RGZ 69, 422, RG 24-1-1918, RGZ 92, 143, RG 29-11-1934, RGZ 146, 97, BGH 22-9-1969, VersR 1969, p. 1039. Voor een atypische uitzondering op art. 67 Rv. zie men art. 9 lid 2 WAM.

- 5 Bij de rechtsfiguur gemeenschap, die in vele opzichten – zo ook hier – het spiegelbeeld is van hoofdelijkheid, kent men wel een dergelijke uitbreidende werking van het gezag van gewijsde. De deelgenoten zijn gebonden aan de uitkomst van een geding dat een hunner heeft gevoerd met betrekking tot de gemeenschap. Zie HR 24-4-1992, NJ 1992, 461 (Gaschereau e.a./Sunresorts); daarover Gras, a.w. (nt. 2), p. 305-310.
- 6 Voor de Franse ‘solidarité’ geldt een dergelijke vertegenwoordigingsbevoegdheid wel. Zie Friedmann en Cohen (1991b), § 11-56 en uitgebreid hiervoor paragraaf 2.2. Vgl. De Nerée tot Babberich (1923), p. 65 e.v.
- 7 HR 1-12-1939, NJ 1940, 445 nt. EMM (Turfstrooiselfabriek ‘Klazienaveen’/Smit en NV Purit Maatschappij). Anders: Van Weel (1863), p. 241.
- 8 HR 1-12-1939, NJ 1940, 445 nt. EMM (Turfstrooiselfabriek ‘Klazienaveen’/Smit en NV Purit Maatschappij). Vgl. De Nerée tot Babberich (1923), p. 84-85.
- 9 Art. 285 e.v. Rv. Zie HR 22-5-1992, NJ 1992, 512 (Oorthuizen/Huige en Staat).
- 10 De verwijzing en voeging van art. 158 resp. 159 Rv. hebben geen materieelrechtelijke samenvoeging van rechtszaken tot gevolg; zij strekken er slechts toe gelijktijdig aanhangige en verknochte zaken zoveel als mogelijk door dezelfde rechter te laten beoordelen.

debiteuren zullen worden toe- of afgewezen, de extra proceskosten en de procedurele vertragingen die het gevolg kunnen zijn.¹¹

Soms is de crediteur verplicht om meer of alle debiteuren in dezelfde procedure te betrekken, namelijk als de vordering een zogenaamd processueel ondeelbare rechtsverhouding betreft. Laat de crediteur na om alle debiteuren bij een dergelijke rechtsverhouding te dagvaarden, dan wordt zijn rechtsvordering op vordering van de gedaagde niet-ontvankelijk verklaard. Men spreekt wel van het beroep van de gedaagde op de zogeheten 'exceptio plurium litis consortium'.¹² Deze exceptio is een buitengewoon schimmige rechtsfiguur: de wet regelt haar niet en de Hoge Raad weigert er algemene uitspraken over te doen. De Raad staat een restrictieve uitleg van het begrip 'ondeelbaar' voor:

'Van ondeelbaarheid van een rechtsverhouding in die zin dat daaromtrent door de rechter slechts *kan* worden beslist in een geding waarin alle bij deze rechtsverhouding betrokkenen partij zijn, is sprake indien het *rechtens noodzakelijk* is dat de beslissing ten aanzien van al die betrokkenen in dezelfde zin luidt. Dit mag slechts worden aangenomen indien aard en inhoud van de rechtsverhouding daartoe nopen, hetgeen meebrengt dat de vraag of van zodanige ondeelbaarheid kan worden gesproken, zich niet altijd leent voor beantwoording in algemene zin, aangezien de bijzonderheden van het gegeven geval van doorslaggevende betekenis kunnen zijn.' (cursivering WvB)¹³

Hoofdelijke verbintenissen staan als zodanig niet tot elkaar in een verhouding van processuele ondeelbaarheid; elk van de hoofdelijke verbintenissen is in procesrechtelijk opzicht zelfstandig van aard en de rechter *kan* dus elke verbintenis los van de andere verbintenissen beoordelen.¹⁴ Daarmee is overigens niet gezegd dat een geïsoleerde processuele beoordeling altijd bevredigend is:¹⁵ zij roept het risico van tegenstrijdige vonnissen in het leven en het nadeel van processuele inefficiëntie. Gevallen waarin wel ondeelbaarheid werd aangenomen, betroffen veelal gemeen-

11 De grootte van de kans dat het een debiteur wordt toegestaan zich vrijwillig te voegen, kan hij uiteraard niet beïnvloeden.

12 Zie hierover m.n. E. Gras, Processuele ondeelbaarheid, in: *Te PAS* (Stein-bundel), Deventer 1992, p. 183 e.v.

13 HR 26-3-1993, NJ 1993, 489 nt. PAS (Clarijs/Van Goethem); de formulering gaat goeddeels terug op HR 9-12-1938, NJ 1939, 714 nt. PS (Baart/Posch e.a.). Zie A-G Hartkamp, conclusie sub 6. bij HR 8-11-1991, NJ 1992, 34 (Brassé c.s./Merckelbagh).

14 Aldus ook Gras, t.a.p., p. 192 nt. 23. Vgl. ook J.B. Wezeman, *TvI* 1997, p. 9. In deze richting wijzen ook HR 26-4-1968, NJ 1969, 19 nt. HD (Rietbroek/Alkemade) en HR 21-1-1977, NJ 1977, 386 nt. ARB (Heijmans/Raaijmakers). Ondeelbaarheid is m.i. evenmin synoniem voor de ondeelbare prestatie als bedoeld in art. 6:6 lid 2 BW.

15 Zie voor een opsomming van de talrijke gevaren die in dit verband op de loer liggen J. Spier, *TMA* 1991, p. 41-43. Vgl. ook Wezeman (1998), p. 234 e.v.

schapsperikelen.¹⁶ Gevallen waarin geen ondeelbaarheid werd aangenomen betroffen bijvoorbeeld de vordering tot ontbinding van een arbeidsovereenkomst, gericht tegen één van drie werkgevers, en de procedure tussen cessionaris en debitor cessus waarin de geldigheid van een cessie centraal stond.¹⁷ Maar het is goed mogelijk dat dergelijke rechtsverhoudingen in andere omstandigheden *wel* processueel ondeelbaar zijn.

Er bestaat dus enerzijds veel onduidelijkheid over de aard en inhoud van de processueel ondeelbare rechtsverhouding, terwijl anderzijds de gevolgen van een geslaagd beroep op de exceptio verstrekkend zijn.¹⁸ De crediteur is dan namelijk terug bij af: hij wordt niet-ontvankelijk verklaard in zijn rechtsovereenkomst, hij wordt in de proceskosten veroordeeld en hij dient opnieuw een geding aanhangig te maken waarin hij ook de andere debiteuren betreft. Dit is op zijn minst een omslachtige en kostbare wijze om een misslag van de crediteur te corrigeren. Het verbaast dan ook niet dat in de literatuur wordt gepleit voor minder rigoureuze oplossingen, niet alleen voor die gevallen waarin het rechtens *noodzakelijk* is om derden in het geding te betrekken, maar ook voor de veelvuldig voorkomende gevallen waarin dit gewoonweg *wenselijk* is uit oogpunt van proceseconomie en ter voorkoming van tegenstrijdige rechterlijke uitspraken.¹⁹

In veel landen is men het er over eens dat in de ideale civiele procedure alle bij de hoofdelijkheid betrokken personen tegelijk in een en dezelfde procedure bijeen worden gebracht.²⁰ Minder eensgezindheid bestaat er over de vraag hoe men deze ideale procedure zou moeten vormgeven, mede omdat de ideale procedure ook minder ideale trekjes heeft: zij is gecompliceerder, duurt langer en is daardoor kostbaarder dan een tweepartijen-procedure. In veel rechtssystemen heeft de rechter de bevoegdheid om, al dan niet op verzoek van een procespartij, een derde tot gedwongen deelname aan de procedure op te roepen.²¹ Maar er zijn ook rechts

16 Zie bijv. HR 13-5-1966, NJ 1967, 221 nt. DJV (Schreiner/Heidenreich) en HR 24-12-1982, NJ 1983, 370 (Schoonbrood/Schoonbrood c.s.). De procesbevoegdheid van deelgenoten (zie art. 3:171 BW) staat hier los van.

17 HR 26-3-1993, NJ 1993, 489 nt. PAS (Clarijs/Van Goethem) resp. HR 9-12-1938, NJ 1939, 714 nt. PS (Baart/Posch e.a.).

18 Zie bijv. de wonderlijke en vergaande toepassing van (waarschijnlijk) de 'exceptio' in Hof 's-Hertogenbosch 11 maart 1997, NJ 1997, 695.

19 Zie m.n. K. Wiersma, Gedwongen deelname aan een burgerlijk geding, in: *Cleveringa-bundel*, Zwolle 1952, p. 391 e.v., W.L. Haardt, *Onsplitsbaarheid*, preadvies Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, jaarboek XII 1969-1970, p. 289 e.v. en de in losbl. Rechtsvordering, Boek I, titel 3, afd. 17 (art. 285-288), aant. 3 genoemde schrijvers. Vgl. ook J. Spier, TMA 1991, p. 41-43.

20 Zie bijv. William L. Prosser, 51 MICH. L. REV. (1953), p. 502 e.v. en Weir (1976), § 12-135 e.v. Vgl. John Scott Hickman, 48 VANDERBILT L. REV. (1995), p. 739 e.v.

21 Zie daarover bijv. losbl. Burgerlijke Rechtsvordering, Boek I, titel 3, afdeling 17 (art. 285-288), aant. 3, A-G Asser, conclusie voor HR 22-5-1992, NJ 1992, 512 en M.O.J. de Folter, WPNR 6216 (1996), p. 202. Vgl. ook Law Commission, *Third parties (rights against insurers) Act 1930*, consultation paper nr. 152, London 1998, § 12.22-23. De Duitse 'Streitverkündung' van § 72 e.v. ZPO houdt het midden tussen onze vrijwaring en een gedwongen oproeping. Zie nader

stelsels waar 'the need for joinder of parties' met materieelrechtelijke prikkels wordt aangemoedigd.²² Zo zijn er rechtsstelsels waarin regres alleen mogelijk is tussen debiteuren die bij gezamenlijk vonnis veroordeeld zijn.²³ Dit is voor gedaagde debiteuren weliswaar een prikkel om zoveel mogelijk mededebiteuren in het geding te betrekken, maar kan er wel toe leiden dat debiteuren liever met mededebiteuren in de rechtszaal tegenover de crediteur komen te staan dan dat zij aan schikking-sonderhandelingen beginnen. Een geheel andere prikkel gaat uit van het rechtsstelsel dat alleen hoofdelijke aansprakelijkheid toestaat indien en voor zover de crediteur de desbetreffende debiteuren in één en dezelfde procedure heeft gedaagd. Laat de crediteur dit na, dan is de sanctie het vervallen van hoofdelijkheid en opdeling van de verschuldigde prestatie in evenzovele deelaanspraken als er debiteuren zijn.²⁴ Een dergelijk stelsel lijkt ideaal, maar afgezien van de niet geringe praktische en processuele complicaties die het stelsel met zich brengt, leidt het er enerzijds toe dat de crediteur zoveel mogelijk personen tegelijk zal dagvaarden en anderzijds dat de gedaagde personen zich zullen verweren met de stelling dat allerlei andere personen ten onrechte niet zijn gedaagd. Beide effecten leiden onvermijdelijk tot vertraging en verhoogde (proces)kosten, en mogelijk zelfs tot chicanes. Bovendien ontnemt het stelsel de crediteur een van de voornaamste voordelen die hoofdelijkheid te bieden heeft, het inningsgemak. Ook zijn er rechtsstelsels waarin ter stimulering van 'joinder of parties' de vergoeding van (proces)kosten van de crediteur in een eventuele tweede procedure tegen andere debiteuren is uitgesloten, of waarin het bedrag aan schade(vergoeding) zoals dat in de eerste procedure werd vastgesteld, tevens als plafond geldt in eventuele volgende procedures.²⁵

Ons burgerlijk procesrecht kent als gezegd slechts een beperkt aantal wijzen waarop alle partijen in een en dezelfde procedure kunnen worden betrokken. Afgezien van de vrijwillige voeging door een niet-gedaagde debiteur, is het de crediteur die met de dagvaarding het aantal debiteuren dat moet verschijnen, vastlegt. De gedaagde debiteur kan op zijn beurt anderen in vrijwaring oproepen.

Wagenfeld (1972), p. 82, G. Baumgärtel, Der Gesamtschuldner in Zivilprozeß. Zur Problematik der Abgrenzung der echten von der unechten Gesamtschuld, in: U. Klug e.a., *Gesetzgebungstheorie, Juristische Logik, Zivil- und Prozeßrecht (Gedächtnisschrift für Jürgen Rödig)*, Berlijn 1978, p. 316, J. Taupitz, ZZP 1989, p. 288-289.

22 Met name in de Verenigde Staten van Amerika is hier veel wetgevende creativiteit in gestopt. Zie de opsomming bij Schwartz (1994), § 17-1b, p. 353.

23 John G. Fleming, 64 CALIF. L. REV. (1976), p. 257 en dezelfde, 30 HASTINGS L.J. (1979), p. 1487 e.v.

24 Leonard E. Eilbacher, 21 IND. L. REV. (1988), p. 427 e.v. Vgl. Carol A. Mutter, 57 TENN. L. REV. (1990), p. 262 e.v. Een vergelijkbaar vernuftig stelsel kent de Colorado 1986 Pro Rata Statute; zie daarover uitgebreid Robert E. Benson, 23 THE COLORADO LAWYER (1994), p. 1711 e.v. Vgl. voor een soortgelijke benadering voor ons recht: CRvB 5-4-1993, RSV 1994, 37, waarover Wezeman (1998), p. 234 e.v.

25 Williams (1951), p. 39, Benson, t.a.p., p. 1727, Francis Trindade en Peter Cane, *The law of torts in Australia*, 2e druk Oxford 1993, p. 729, Friedmann en Cohen (1991b), § 11-61, Weir (1976), § 12-136.

Vrijwaring geschiedt niet op initiatief van de rechter (evenmin als voeging of dagvaarding van meer personen tegelijk), maar op initiatief van een der procespartijen. Voorts leidt vrijwaring niet tot een driepartijenprocedure, maar tot een aparte (zij het aan de hoofdzaak accessoire) procedure van de betreffende partij in de hoofdzaak tegen een derde. De vrijwaringsprocedure heeft dus niet tot gevolg dat het gezag van gewijsde in de hoofdzaak zich mede over de derde uitstrekt.²⁶

Tot zover de initiatieven die partijen kunnen ontplooiën. Maar wat kan de rechter doen om hoofdelijkheid adequaat af te wikkelen? Het gereedschapskistje van de rechter is wat dit betreft opvallend leeg: hij treft er slechts de in uitzonderingsgevallen te gebruiken botte *exceptio*-bijl. Hem is bijvoorbeeld geen bevoegdheid toegekend om, wanneer hem dat noodzakelijk lijkt in verband met een correcte afwikkeling van de hoofdelijkheid, derden in de procedure te betrekken. Dat is weinig bevredigend. Het zal daarom niet verbazen dat in ons land is voorgesteld om de *exceptio*-figuur te vervangen door een rechterlijke oproepingsbevoegdheid. Gebruikmaking van deze bevoegdheid zou niet leiden tot niet-ontvankeelijkheid van de crediteur, maar tot oproeping van de derde(n) om gedwongen deel te nemen aan het geding.²⁷ Het geding wordt dan voortgezet als drie- of meerpartijenprocedure.

Aan de bevoegdheid tot oproeping van derden tot gedwongen deelname zijn naar mijn mening grote voordelen verbonden, maar er zijn helaas ook aanzienlijke nadelen te noemen. Meer partijen betekent immers meer stellingen, meer papier, meer bewijsaanbod en -opdrachten, meer comparities, meer getuigen etcetera. De procedure zal dus in dit opzicht meer tijd vergen. Bovendien wordt de rechterlijke arbeid er niet gemakkelijker op. Heeft de rechter bij een 'gewone' procedure al zijn handen vol aan twee partijen die elkaar bestrijden, bij een 'meerpartijenprocedure' zijn het ten minste drie partijen die elkaar mogelijk (geheel of gedeeltelijk) over en weer bestrijden. Hoe meer partijen, des te gecompliceerder het geding wordt.²⁸ Bovendien is niet gegarandeerd dat met oproeping van alle bekende debiteuren een waterdichte procedure kan plaatsvinden. Achteraf kan blijken dat een tot dan toe onbekende debiteur ook tot het hoofdelijkheidsverband behoort.

Dit zijn grote bezwaren, maar de argumenten voor een algemene rechterlijke bevoegdheid tot oproeping van derden zijn mijns inziens overtuigend. Oproeping maakt het de rechter mogelijk om – anders dan bij vrijwaring – alle relevante

26 M.O.J. de Folter, TCR 1996, p. 48, Gras, a.w. (nt. 2), p. 303 nt. 8.

27 Zie de vindplaatsen genoemd in nt. 19. Art. 9 lid 3 WAM kent reeds een dergelijke oproeping: de WAM-verzekeraar kan de verzekerde dwingen tot deelname aan het proces dat tussen verzekeraar en benadeelde wordt gevoerd. G.J. Scholten wijst in zijn noot onder HR 3-12-1971, NJ 1972, 144 (Groningen & Lloyd/Kerssies) ook nog op art. 132 Besluit Herstel Rechtsverkeer, dat de rechter de bevoegdheid gaf om niet in het geding betrokken belanghebbenden als partij toe te laten of op te roepen. Vgl. De Folter, t.a.p. (nt. 21), p. 202.

28 Zie over deze bezwaren Prosser, t.a.p. (nt. 20), p. 502 e.v. en Weir (1976), § 12-137.

rechtsverhoudingen in één en dezelfde procedure in onderlinge samenhang te beoordelen. Alle rechtsverhoudingen worden aldus door één en hetzelfde rechtscollege beoordeeld, hetgeen tegenstrijdigheden uitsluit; het gezag van gewijsde strekt zich mede over de derde uit. Dat kan tijdsparing opleveren, omdat geen vervolgpcedures behoeven te worden gevoerd. Een voorbeeld: een chauffeur veroorzaakt een treinongeval door zijn vrachtwagencombinatie op een onbewaakte spoorwegovergang op een bedrijfsterrein tot stilstand te brengen. Stel dat in een rechtszaak tussen (de werkgever van) de vrachtwagenchauffeur en de benadeelde spoorwegaansluiting de vraag rijst of het bedrijf waar de chauffeur naartoe reed, mede schuldig was aan de gevaarlijke situatie ter plaatse. Dan is er veel voor te zeggen om het betreffende bedrijf tot gedwongen deelname aan het geding op te roepen.²⁹ Oproeping is bijvoorbeeld ook wenselijk als bijvoorbeeld inzet van het geding is de uitleg van een clause waarin volgens de stellingen van de crediteur de wederpartij en een derde zich jegens hem hoofdelijk verbonden hebben. Oproeping is dan zinvol, omdat daarmee de kans wordt uitgesloten dat in een eventueel vervolggeding tegen de derde een andere uitleg aan het beding wordt gegeven. Zo moet ook een borg om oproeping van de hoofdschuldenaar kunnen verzoeken. Aldus voorkomt de borg dat hij zelf wordt veroordeeld, waarna de hoofdschuldenaar jegens hem de juistheid van dit vonnis betwist. Oproeping is ook wenselijk als bijvoorbeeld een procedure wordt gevoerd met als inzet de vernietiging van een overeenkomst die in onverbreekelijk verband staat met een overeenkomst van een van de procespartijen met een derde. Vernietiging van de ene overeenkomst zou namelijk van rechtswege tot beëindiging van de andere overeenkomst kunnen leiden.³⁰

Het verdient kortom serieus overweging om een dergelijke oproepingsbevoegdheid in te voeren. In tegenstelling tot de vergaande procesrechtelijke en materieelrechtelijke ingrepen die met name in de Verenigde Staten zijn doorgevoerd, zou een oproepingsbevoegdheid als hier bedoeld niet tot materiële wijziging van de hoofdelijkheidsfiguur behoeven te leiden. Volstaan zou mijns inziens kunnen worden met de invoering van een algemene rechterlijke bevoegdheid om – al dan niet op verzoek van een der partijen – derden in de procedure op te roepen, wanneer het ter voorkoming van tegenstrijdige vonnissen (noodzakelijk of) wenselijk en zinvol is dat het gezag van gewijsde zich ook over deze derde uitstrekt.³¹

29 De casus is ontleend aan HR 18-12-1987, NJ 1988, 350 (Franzetti/Suikerunie), HR 8-4-1988, NJ 1988, 659 (Nederlandse Spoorwegen en Katuin/Franzetti) en HR 29-12-1995, NJ 1996, 332 (Franzetti/Suikerunie II). Hoeveel tijd zou zijn bespaard wanneer de verschillende geschillen tussen enerzijds Franzetti en de Suikerunie en anderzijds Franzetti en de NS in één en dezelfde procedure zouden zijn afgehandeld?

30 Zie HR 23-1-1998, RvdW 1998, 30 (Jans/Fiat Credit Nederland). Zie ook hiervoor par. 5.3.2.

31 Zie reeds het pleidooi van Wiersma, t.a.p. (nt. 19), p. 391 e.v.

Door de rechter te laten beslissen of oproeping wenselijk en zinvol is, kan deze de hem bekende betrokken belangen afwegen. Hij dient in zijn oordeel zwaar mee te laten wegen de overweging dat oproeping niet alleen tot vertraging, maar ook tot complicatie van de procedure kan leiden en tot verhoogde proceskosten. De rechter zal derhalve zuinig moeten omspringen met gebruik van zijn bevoegdheid, maar in bepaalde gevallen – ik verwijs naar de eerder gegeven voorbeelden – zijn er werkelijk zeer goede gronden voor oproeping.

Hoewel kan worden aangenomen dat ons procesrecht de hierbedoelde algemene oproepingsbevoegdheid van de rechter niet kent, is met invoering in 1992 van art. 12a Rv. een ontwikkeling in gang gezet die wellicht uitmondt in een dergelijke bevoegdheid. Zeker is dit echter allerm minst. Naar de letter genomen bepaalt art. 12a Rv. namelijk slechts *hoe* een derde moet worden opgeroepen in een geding; het bepaalt niets over de vraag *in welke gevallen* een derde kan worden opgeroepen.³² Daarvoor dient men dus elders in de wet te rade te gaan.³³ Uit twee recente uitspraken van de Hoge Raad lijkt echter te volgen dat een meer extensieve toepassing van deze bepaling tot de mogelijkheden behoort, in die zin dat de rechter ook dan tot oproeping kan overgaan wanneer een wetsbepaling die oproeping uitdrukkelijk voorschrijft, ontbreekt.³⁴ Nadere jurisprudentiële ontwikkeling van art. 12a Rv. moet echter worden afgewacht; zelfs twee zwaluwen maken nog geen zomer. Fraaier zou het natuurlijk zijn als de wetgever deze kwestie ondubbelzinnig regelt. De recente voorstellen tot renovatie van Boek I Rv. stellen in dit verband teleur, omdat de wetgever geen nieuwe regels voor voeging, tussenkomst, vrijwaring of oproeping heeft geformuleerd maar integendeel slechts de bestaande regels heeft herschreven.³⁵ Zou de wetgever in de toekomst alsnog een procedure van gedwongen tussenkomst ontwerpen, dan zou mijns inziens aan ten minste twee aspecten zorgvuldig aandacht moeten worden besteed. De procedure zou er wat betreft hoofdelijkheid in de eerste plaats op gericht moeten zijn om vast te stellen welke personen dezelfde prestatie verschuldigd zijn, en dus hoofdelijk verbonden zijn, en in de tweede plaats om de interne draagplicht van de debiteuren vast te stellen. Richt men de procedure van gedwongen tussenkomst aldus in, dan zijn tegenstrijdige vonnissen in elk opzicht uitgesloten. De vraag óf naar het middel

32 In de parlementaire geschiedenis van art. 12a Rv. wordt geen eenduidige uitleg gegeven; zie De Folter, t.a.p. (nt. 21), p. 201.

33 Zie bijv. art. 3:218 BW. Zie uitgebreid T.A.W. Sterk, Nieuwe gevallen van derden in het geding, in: *Met grond verbonden* (Wijn-Stael bundel), Deventer 1991, p. 121 e.v.

34 Zie HR 14-10-1994, NJ 1995, 564 nt. WMK (Verdegaal & Zonen c.s./Warmerdam c.s.), r.ov. 3.3, en HR 12-4-1996, NJ 1996, 437 (De Jong/Schrama), r.ov. 3.3. Zie ook B. Winters, TCR 1997, p. 82.

35 Het inmiddels ingetrokken wetsvoorstel 24 651 hercodificeert de vrijwaring (art. 2.9.3 e.v.), de vrijwillige voeging en tussenkomst (art. 2.9.10 e.v.) en de voeging en verwijzing van zaken (art. 2.9.13 e.v.). Art. 2.3.7 is de hercodificatie van art. 12a Rv.

van gedwongen tussenkomst moet worden gegrepen, zou door de rechter gemotiveerd moeten worden beantwoord na afweging van de voor- en nadelen voor alle betrokkenen. Denkbaar is bijvoorbeeld dat de rechter partijen voorlicht over de nadelen die aan oproeping verbonden zijn (zoals complicatie, vertraging en hogere kosten van de procedure), over de voordelen (zoals het eensluidende gezag van gewijsde en het vervallen van de noodzaak van vervolgprocedures) en over de mogelijke minder belastende alternatieven (zoals een vrijwaringsprocedure). Zijn zij unaniem van mening dat al of niet oproeping van een bepaalde derde moet plaatsvinden, dan zou de rechter slechts onder uitvoerige motivering afwijkend mogen beslissen. Zijn partijen verdeeld, dan beslist de rechter.

Tenslotte denk ik dat een rechterlijke bevoegdheid tot oproeping van derden om deel te nemen aan de procedure alleen vruchten kan afwerpen als de rechter ook in andere opzichten een meer sturende rol krijgt. Blijken de opgeroepen partijen vertragingstactieken toe te passen, geven zij niet of onvoldoende aan of en in hoeverre zij de zijde van een van de oorspronkelijke procespartijen kiezen in het geding, of frustreren zij op andere wijze een zo efficiënt mogelijke afwikkeling van het meerpartijenproces, dan is ingrijpen geboden. Dat vergt herijking van procesrechtelijke uitgangspunten als lijdelijkheid, en die herijking moet uiteraard in een breder kader worden geplaatst dan dat van de hoofdelijkheid. Het gaat het bestek van deze studie te buiten.

6.3 Gewijsde als gemeen verweermiddel tegen de crediteur

Het gewijsde heeft geen werking ten nadele van derden, aangezien het beginsel van hoor en wederhoor zulks verbiedt. Strikt genomen staat dit beginsel niet in de weg aan werking ten *voordele* van een derde. Gedacht kan worden aan een vonnis waarin de vordering jegens de ene debiteur op inhoudelijke gronden wordt afgewezen; kan een mededebiteur zich op dit gewijsde beroepen ter afwering van een vordering van de crediteur jegens hem? Het antwoord luidt ontkennend, omdat dit evenzeer strijd zou opleveren met het beginsel van hoor en wederhoor. De crediteur die de ene debiteur in rechte aanspreekt, stemt zijn stellingen in de procedure en zijn proceshouding immers af op zijn wederpartij in de desbetreffende procedure. Hij procedeert tegen *déze* debiteur en niet ook tegen eventuele mededebiteuren, en daarom kunnen deze debiteuren geen rechten aan het vonnis ontlenen.

In bepaalde gevallen is er echter wel het nodige te zeggen voor werking ten voordele van de derde. Echter, aangezien die gevallen veelal de beoordeling van rechtsfeiten betreffen die voor alle hoofdelijke verbintenissen relevant zijn, kan het efficiënt zijn om de rechter voor die gevallen de bevoegdheid toe te kennen om de derde(n) in het geding op te roepen. De derde(n) komt dan rechtstreeks

beroep op het gewijsde toe. Het is echter onzeker of een dergelijke oproeping thans mogelijk is.³⁶ Daarom zal ik hierna aandacht besteden aan de vraag of het denkbaar is dat aan het gewijsde mede werking toekomt ten voordele van de andere debiteuren.

Voor het oude recht besliste de Hoge Raad in 1874 dat een vonnis waarin de vordering van de crediteur jegens een van de hoofdelijke debiteuren werd afgewezen, mede kon worden ingeroepen door de andere debiteur(en).³⁷ Het vonnis leverde volgens de Hoge Raad een verweermiddel op 'uit de aard der verbintenis' als bedoeld in art. 1323 BW (oud). Dit verweermiddel kon door elke hoofdelijke debiteur worden tegengeworpen.³⁸ Het arrest is niet onbestreden gebleven; verschillende auteurs waren mijns inziens terecht van mening dat het gewijsde als zodanig niet het verweermiddel kan zijn, omdat de werking van het gewijsde op procesrechtelijke gronden tot de procespartijen beperkt is.³⁹ Juister is daarom, ook voor het oude recht, de zienswijze waarin het beroep van de derde op het gewijsde wordt gezien als een beroep op het gemene verweermiddel zoals dat in het gewijsde werd toegekend aan de eerste debiteur.⁴⁰ Aan het eerdere gewijsde kunnen in dit verband hoogstens vermoedens, maar zeker geen onweerlegbare vaststellingen worden ontleend.

Een bepaling als art. 1323 BW (oud) kennen wij thans niet meer; het arrest uit 1874 is voor het thans geldende recht achterhaald. Naar geldend recht staat immers de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen centraal.⁴¹ In het kader van de totstandkoming van de regeling van de hoofdelijkheid in het nieuwe BW werd dan ook voor wat betreft de derdenwerking van vonnissen zonder nadere toelichting verwezen naar de regeling van het gezag van gewijsde,⁴² daarmee impliciet de verweermiddelgedachte van art. 1323 BW (oud) van de hand wijzend.

Hoewel dit er op wijst dat hoofdelijke debiteuren geen beroep toekomt op gunstige rechterlijke uitspraken gewezen in de zaak tegen hun mededebiteur(en), is daarmee niet gezegd dat geen enkele derdenwerking aan deze uitspraken toekomt. Maar derdenwerking van een vonnis is niet noodzakelijkerwijs hetzelfde als het toekennen aan een derde van een beroep op het gewijsde. Dat laatste zou namelijk betekenen dat men een vonnis waarin de vordering jegens de ene debiteur – om

36 Zie daarover hetgeen in paragraaf 6.2 werd gesteld.

37 HR 10-4-1874, W. 3714 (Visser/Duker).

38 Vgl. ook HR 11-1-1907, W. 8481 (Van Lith/Van Limburg). Zie over e.e.a. in kritische zin De Nerée tot Babberich (1923), p. 65 e.v., m.n. p. 74 e.v. Vgl. ook Savigny (1851), p. 189-190.

39 G. Diephuis, *Het Nederlandsch Burgerlijk Regt*, deel XIII, Groningen 1890, p. 325, Korthals Altes (1933), p. 65. Ook in de meer recente literatuur werd het arrest uit 1874 verworpen of bleef het onvermeld. Zie de literatuur genoemd in nt. 4. Aangenomen mag worden dat het arrest ook voor het oude recht niet langer juist was.

40 Zie nt. 39.

41 Zie uitgebreid par. 2.4 en 2.5.

42 Parl. Gesch. Boek 6, p. 101.

welke reden dan ook – niet slaagt, zondermeer toepast op de verhouding tussen de crediteur en de andere debiteur. In rechterlijke uitspraken kunnen vorderingen echter om uiteenlopende redenen worden afgewezen; door een afwijzend vonnis zondermeer als gemeen verweermiddel te betitelen, slaat men de crediteur wel heel snel zijn rechten uit handen. Zou men onder omstandigheden derdenwerking van het vonnis ten voordele van de derde willen aannemen, dan moet men in ieder geval de gronden van het vonnis bekijken: achtte de rechter zich niet bevoegd, werd de eiser niet-ontvankelijk verklaard, konden de feiten het bestaan van de beweerde verbintenis niet ondersteunen, of was de verbintenis misschien reeds nagekomen? De Hoge Raad heeft in 1968 in ieder geval beslist dat op een vonnis waarin de rechtsvordering tegen de ene debiteur wegens onvoldoende bewijs strandt, geen beroep kan worden gedaan door de andere debiteur; zelfs niet wanneer de vordering op deze andere debiteur mede afhankelijk is van het bestaan van de vordering van de crediteur op de eerste. Het betrof in deze zaak een letselschadegeval, waarvoor de veroorzaker Van Kins door benadeelde Rietbroek in rechte werd aangesproken. Rietbroek werd in zijn eis niet-ontvankelijk verklaard omdat hij te weinig feiten had gesteld om de eis te ondersteunen. Vervolgens werd de vordering die Rietbroek had ingesteld tegen de werkgever van de veroorzaker ex art. 1403 BW (oud; thans: art. 6:170 BW) ook afgewezen, omdat deze in de opvatting van de rechter slechts kon slagen indien de vordering tegen Van Kins was toegewezen. De Hoge Raad casseert deze beslissing, en wel omdat

‘voor toewijzing van de tegen de Gemeente (de werkgever, WvB) uit voornoemde hoofde ingestelde vordering niet noodzakelijk was, dat ook de vordering tegen van Kins werd toegewezen, en wel reeds hierom niet, omdat de door de Rb. (...) uitgesproken niet-ontvankelijkverklaring van de tegen van Kins ingestelde vordering hierop berustte, dat Rietbroek onvoldoende feiten had gesteld waaruit de schuld van van Kins zou kunnen worden afgeleid, en Rietbroek gerechtigd bleef om in de verdere loop van het geding tussen hem en de Gemeente alsnog feiten te stellen, waaruit de schuld van van Kins aan de aanrijding of botsing zou kunnen volgen;

dat reeds op deze grond de beslissing van de Rb. over de door Rietbroek tegen van Kins ingestelde vordering (...) de Gemeente en Rietbroek in het tussen hen gevoerde geding niet bond (...)’.⁴³

De gebrekkige bewijsvoering in de procedure tegen de ene debiteur kan derhalve worden ‘hersteld’ in een eventuele vervolprocedure tegen de andere debiteur. Annotator Drion voegt daar kort en bondig aan toe:

43 HR 26-4-1968, NJ 1969, 19 nt. HD (Rietbroek/Alkemade).

‘Zo heeft een beslissing tussen eiser en ondergeschikte ook geen gezag van gewijsde tussen eiser en werkgever. Met de materieelrechtelijke vraag of het voor aansprakelijkheid van de werkgever uit art. 1403 lid 3 nodig is, dat aan de vereisten voor de persoonlijke aansprakelijkheid van de ondergeschikte is voldaan, heeft dit alles niets te maken.’

Hoofdelijkheid kan er dus toe leiden dat in meer dan twee instanties over dezelfde feiten wordt geprocedeerd. Dat is wellicht *de facto* een uitzondering op (of, zo men wil: schending van) het procesrechtelijk beginsel ‘ne bis in idem’,⁴⁴ maar strikt juridisch geredeneerd is het dat niet: het is niet dezelfde verbintenis en het zijn niet dezelfde partijen over wie de rechter in een eventuele vervolprocedure oordeelt. Omarmt men, zoals ons rechtsstelsel terecht doet, de zelfstandigheid van hoofdelijke verbintenissen, dan aanvaardt men ook dat een crediteur in voorkomende gevallen meermalen over dezelfde feiten kan procederen.

Dit alles staat er niet aan in de weg dat de rechter in een eventuele opvolgende procedure ‘vermoedens’ ontleent aan het eerdere vonnis. Men zou voor die gevallen kunnen zeggen dat het eerdere vonnis een zekere ‘reflexwerking’ heeft, die, afhankelijk van de inhoud en gronden van het vonnis, sterker of zwakker is.⁴⁵ Een dergelijke reflexwerking is onschuldig van aard; ze doet mijns inziens geen afbreuk aan het beginsel van hoor en wederhoor. Reflexwerking ten voordele van een derde behoort bijvoorbeeld tot de mogelijkheden wanneer de inhoud van het vonnis ook rechtstreeks relevantie heeft voor de andere verbintenis. Wordt in een rechtszaak op inhoudelijke gronden geoordeeld dat de hoofdschuldenaar geen wanprestatie heeft gepleegd, dan zou men eerder geneigd zijn om dit vonnis mede ten voordele van de borg te doen strekken dan wanneer de eis tegen de hoofdschuldenaar wegens gebrekkig bewijs van het bestaan van de verbintenis wordt afgewezen. Dit laatste ligt te minder voor de hand gezien het hiervoor genoemde arrest uit 1968.

Toegegeven moet worden dat de hier voorzichtig geopperde reflexwerking in ieder geval voor wat betreft de borgtocht haaks staat op de uitleg die, als vervolg op onder oud recht gewezen rechtspraak, wordt gegeven aan art. 7:852 BW. In die rechtspraak wordt aan de borg een beroep toegekend op het gewijsde tussen crediteur en hoofdschuldenaar, waarin de vordering jegens de hoofdschuldenaar is afgewezen.⁴⁶ Ik bestrijd de juistheid van deze benadering. In de eerste plaats

44 Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-58.

45 Korthals Altes (1933), p. 64 e.v. gebruikt in dit verband reeds de term ‘reflexwerking’.

46 Zie in deze zin HR 10-4-1874, W. 3714 (Visser/Duker) en HR 1-12-1939, NJ 1940, 445 nt. EMM (Turfstrooiefabriek ‘Klazienaveen’/Smit en NV Purit Maatschappij); zie over e.e.a. De Nerée tot Babberich (1923), p. 72 e.v. Blomkwist (1998), p. 32, verwijzend naar W.F. de Gaay Fortman, *Handelingen NJV 1962-I*, p. 186, sluit zich aan bij deze rechtspraak. Vgl. ook Asser-Kleijn (1988), nr. 163, en voor Engels recht: Friedmann en Cohen (1991b), § 11-57. Zie voor Duits recht, dat ook bij wijze van uitzondering derdenwerking toekent van het gewijsde ten voordele van de borg: BGH 16-11-1951, BGHZ 3, 385, BGH 24-11-1969, NJW 1970, p. 279 en Reinicke en Tiedtke (1988), p. 146.

kan voor wat betreft art. 7:852 BW worden geconstateerd dat ook de borg de verweren van de hoofdschuldenaar inzake bestaan, inhoud of tijdstip van nakoming kan tegenwerpen aan de crediteur, omdat het mede zijn *eigen* verweren zijn. De borg verbindt zich namelijk voor het geval de hoofdschuldenaar tekortschiet in zijn verplichtingen; de in art. 7:852 bedoelde verweren zien op het ontbreken van deze tekortkoming en zij betreffen dus steeds ook een verweer van de borg. Dat de borg in een procedure hetzelfde materiële verweermiddel kan voeren als de hoofdschuldenaar in een eerdere procedure met succes had aangevoerd, is aldus beschouwd niet opzienbarend. Maar daarmee is niet gezegd dat het eerdere vonnis ook zonder meer gezag van gewijsde toekomt ten behoeve van de borg. Een zo sterke derdenwerking kan met name niet worden verklaard met een beroep op de afhankelijkheid van de borgtocht; de borg is immers evenmin gebonden aan een vonnis waarin de eis tegen de hoofdschuldenaar werd *toegewezen*.⁴⁷ Afhankelijkheid noodzaakt dus geenszins tot derdenwerking van het gezag van gewijsde. Mijns inziens moet in het proces tegen de borg zelfstandig worden beoordeeld of het eerdere vonnis in de zaak tegen de hoofdschuldenaar inhoudelijk juist was. Wordt het onjuist bevonden, dan kan de borg gewoon gehouden zijn om zijn verbintenis na te komen. Zijn regres ex art. 7:866 j^o 6:10 BW op de hoofdschuldenaar wordt hierdoor niet benadeeld.⁴⁸ Wordt in de procedure van de crediteur jegens de borg het vonnis tegen de hoofdschuldenaar voor juist gehouden, dan kan de borg hier een verweer aan ontleen in de zin van art. 7:852 BW. Nogmaals: met derdenwerking van het gezag van gewijsde heeft dit weinig van doen.

6.4 De regresprocedure: één tegen één of allen?

De debiteur die de hoofdelijk verschuldigde prestatie heeft voldaan, kan op zijn mededebiteuren regres nemen, en wel in beginsel naar rato van hun interne draagplicht in de prestatie. Zie art. 6:10 BW.⁴⁹ Wanneer er meer dan twee hoofdelijke debiteuren zijn, moet de regreszoekende debiteur kiezen om de andere debiteuren ofwel gelijktijdig in rechte te betrekken, ofwel één voor één. Stel dat van drie debiteuren A, B en C, de eerste de hoofdelijk verschuldigde prestatie verricht en deze vervolgens regres wil nemen op B. Zou een rechter geroepen worden te oordelen over de interne draagplicht van B, dan zal hij er niet aan ontkomen de draagplicht van B te relateren aan die van A én C. Zou hij de draagplicht namelijk slechts relateren aan die van A, dan zou hij geen verdeling

47 HR 1-12-1939, NJ 1940, 445 nt. EMM (Turfstrooiselfabriek 'Klazienaveen'/Smit en NV Purit Maatschappij), HR 25-9-1998, NJ 1998, 892 (Haefner/ABN-Amro Bank).

48 Het gewijsde in de zaak tegen de hoofdschuldenaar kan niet als verweermiddel in de zin van art. 7:868 BW worden gezien, netzomin als het een verweermiddel in de zin van art. 6:11 BW oplevert.

49 Vergelijk over het begrip *interne* draagplicht ook par. 4.8.2.

naar rato van de interne, maar van de *onderlinge* draagplicht bewerkstelligen. In paragraaf 4.8.2 zagen we dat de rechter op grond van art. 6:10 BW in beginsel verdeling naar rato van de interne draagplicht dient te bewerkstelligen, en dus is hij gehouden om in de regresprocedure tussen A en B tevens uitspraken te doen over de draagplicht van C. C is echter niet gebonden aan enige van deze vaststellingen, noch tegenover B noch tegenover A.⁵⁰ Aangenomen mag worden dat C zich vrijwillig kan voegen in de procedure tussen A en B.⁵¹ Minder waarschijnlijk is dat C in vrijwaring kan worden geroepen, tenzij deze op grond van diens bijzondere rechtsverhouding met A of B heeft in te staan voor het uitblijven van een veroordelend vonnis.

Is C geen partij bij de procedure van A jegens C, dan bestaat het gevaar van tegenstrijdige, beter: beklemmende vonnissen. Stel, A krijgt een veroordelend vonnis jegens B waarin de rechter uitging van A (1/4), B (1/4), C (2/4). In de procedure waarin A vervolgens C aanspreekt tot betaling van diens aandeel, wordt de verdeling A (1/3), B (1/3), C (1/3) vastgesteld. Volgens het eerste vonnis krijgt A bij een hoofdelijk verschuldigde som van 100, regres op B voor 25. Het vonnis gaat er voorts vanuit dat A voor 25 draagplichtig is en C voor 50. Het vervolgvonnis geeft A echter slechts recht jegens C tot een bedrag van 33. Het tweede vonnis beklemt A in die zin dat hij uit hoofde van het eerste vonnis B slechts kan aanspreken voor 25 in plaats van 33 (het tweede vonnis bindt B niet!) en C uit hoofde van het tweede vonnis slechts voor 33 in plaats van 50. A draagt door deze twee vonnissen uiteindelijk $100 - (25+33) = 42$. Zou echter A C ook al in de eerste procedure hebben betrokken, dan zou hij slechts 25 hebben gedragen. In het geschetste voorbeeld is het A die als het ware beklemd raakt tussen twee vonnissen, maar het kan ook B zijn of C die er – ten voordele van A – bekaaid vanaf komt doordat het vonnis waarbij zij geen partij waren, een voor hen voordeliger draagplicht inhoudt.

Dit probleem van de beperkte reikwijdte van het gezag van gewijsde kan naar geldend recht door A slechts worden ondervangen door B en C *gezamenlijk* te dagvaarden. Aangenomen mag worden dat, hoewel A strikt genomen van B iets anders vordert dan van C (namelijk hun onderscheidenlijke en dus niet-identieke aandelen in de interne draagplicht), de zaak als één wordt behandeld. Het gezag van gewijsde strekt zich dan over de gehele interne verhouding van A, B en C uit.

50 Vgl. Friedmann en Cohen (1991b), § 11-52. Zie ook s. 1 (5) van de Engelse Civil Liability (Contribution) Act 1978, waar mogelijkerwijs iets anders uit volgt voor 'jointly and severally liable tortfeasors', namelijk dat een op inhoudelijke gronden gewezen afwijzend vonnis ten behoeve van een der debiteuren, mede kan worden tegengeworpen aan eventuele regresaanspraken: het vonnis heeft in zoverre werking ten nadele van de derde (de regreszoekende). Zie daarover Friedmann en Cohen (1991b), § 11-57. Vgl. Goff en Jones (1993), p. 324-325.

51 Zie nt. 9.

Is niet A, maar bijvoorbeeld B er bekaaid vanaf gekomen doordat het vonnis waarbij B geen partij was, een voor hem voordeliger draagplicht inhoudt, dan is daar in lang niet alle gevallen iets aan te doen. Wordt B door het latere vonnis in de regreszaak tussen A en C 'benadeeld' ten opzichte van A, die eerst een regresvonnis jegens B had verkregen, dan zullen kracht en gezag van gewijsde van dit laatste vonnis in beginsel in de weg staan aan reparatie van dit 'nadeel'. Reparatie behoort alleen tot de mogelijkheden wanneer men wil aannemen – en er lijkt veel voor te pleiten – dat het B in dergelijke gevallen toegestaan is om bijvoorbeeld een actie uit ongerechtvaardigde verrijking tegen A in te stellen. Tegen een dergelijke actie pleit echter vrij sterk het gezag van het eerdere gewijsde tussen A en B; het lijkt onwaarschijnlijk dat in weerwil van dit gewijsde nadere betalingen gedaan moeten worden.

De actie uit ongerechtvaardigde verrijking kan B – afgezien van specifieke (contractuele) rechtsgronden voor vergoeding – overigens ook dienen bewijzen wanneer niet A maar C is 'bevoordeeld' ten nadele van B. Hiervoor is overigens wel een derde gang naar de rechter nodig; bovendien is nodig dat deze rechter ook nog eens de verdeling van de draagplicht wil overnemen zoals die in het eerdere vonnis jegens B werd vastgesteld.

6.5 Afsluitende opmerkingen

Daar waar het materiële recht, zoals bijvoorbeeld in het geval van hoofdelijkheid, in het teken staat van meerpartijenverhoudingen en derdenwerking van rechtsverhoudingen, lijkt het te botsen met het procesrechtelijk uitgangspunt van begrensde subjectieve werking van het gezag van gewijsde. Voor wat betreft werking van een rechterlijke uitspraak ten nadele van een derde vindt dit verklaring en rechtvaardiging in het beginsel van hoor en wederhoor. Maar de combinatie van dit beginsel en het uitgangspunt van de autonomie van de procespartij kan er wel toe leiden dat derden ten onrechte niet worden betrokken in de processuele afwikkeling van een rechtsverhouding die materieelrechtelijk beschouwd meer dan twee partijen omvat. Tegenstrijdige vonnissen kunnen leiden tot beklemming van een der debiteuren.

Tegenstrijdige vonnissen zouden tot op zekere hoogte kunnen worden voorkomen als het burgerlijk procesrecht een rechterlijke bevoegdheid zou kennen om derden tot gedwongen deelname aan de procedure op te roepen. Naar thans geldend recht is zulks waarschijnlijk niet mogelijk. Zou in de toekomst wel sprake zijn van een dergelijke bevoegdheid, dan dient deze in voorkomende gevallen met beleid te worden gehanteerd. Beslist de rechter immers tot oproeping, dan zal de procedure (nog) gecompliceerder worden, zal vertraging het gevolg zijn en zullen

partijen op extra kosten worden gejaagd. Deze kosten moeten zorgvuldig en gemotiveerd tegen de verwachte baten worden afgezet.

Samenvatting en conclusies

7.1 Inleiding

Deze studie gaat over de vraag wat hoofdelijkheid is. Zoals aangegeven in het eerste hoofdstuk heb ik deze vraag nader toegespitst op de volgende deelvragen: wanneer doet zich hoofdelijkheid voor, welke gevolgen heeft zij voor de betrokken debiteuren in hun verhouding tot de crediteur en welke gevolgen heeft zij voor de betrokken debiteuren in hun onderlinge verhouding? Tijdens het onderzoek bleken de gestelde vragen op hun beurt weer andere vragen op te roepen die om behandeling vroegen; om niet van de hoofdweg af te dwalen bleven bepaalde kwesties evenwel noodzakelijkerwijs onbehandeld. Deze studie naar hoofdelijkheid is een studie naar zowel het geldend als het wenselijk Nederlands recht. Bij het onderzoek stonden wetgeving, wetsgeschiedenis, rechtspraak en literatuur centraal, maar ook werd veelvuldig voortgebouwd op inzichten die ik ontleende aan vergelijking met vreemd en oud recht.¹

In dit laatste hoofdstuk worden de voornaamste bevindingen uit de voorgaande hoofdstukken gepresenteerd (goeddeels in de volgorde die aldaar werd aangehouden) en waar mogelijk worden zij voorzien van conclusies.

7.2 De grenzen van hoofdelijkheid

7.2.1 *correaliteit, solidariteit, toevallig en minder toevallig*

In hoofdstuk 2 van dit boek heb ik allereerst de historische achtergronden geschetst van de rechtsfiguur hoofdelijkheid. Het Romeinse recht, zoals gereconstrueerd door met name de negentiende eeuwse pandektisten, kende twee soorten hoofdelijkheid. De ene, 'correaliteit', werd gekenmerkt door een hoge mate van lotsverbondenheid tussen hoofdelijke debiteuren in hun verhouding tot de crediteur. Deze had één proceskans; werd bijvoorbeeld zijn rechtsvordering tegen een van de debiteuren afgewezen, dan waren de andere debiteuren voorgoed bevrijd. De andere hoofdelijkheid, 'solidariteit', kende niet een zo vérgaande vereenzelviging van debiteuren.² Het lijkt er op dat de 'correaliteit' min of meer in de Code Civil terecht is gekomen, en dus ook in ons oude BW. De solidariteit bleef ongeregeld.

¹ Zie nader de verantwoording in hoofdstuk 1.

² Par. 2.2.

Niettemin bleek er behoefte te bestaan aan een minder rigide hoofdelijkheidsfiguur. Het is immers weinig rechtvaardig – noch tegenover de debiteuren, noch tegenover de crediteur – om debiteuren die geheel toevallig tot eenzelfde prestatie verplicht zijn, op die enkele grond als het ware tot elkaar te veroordelen. Het spreekt in die gevallen niet aan om een veroordelend vonnis gewezen tegenover de ene debiteur, mede werking toe te kennen ten nadele van een andere debiteur, net zomin als het aanspreekt om een crediteur de mogelijkheid te ontnemen om na afwijzing van zijn rechtsvordering tegenover de één zijn geluk tegenover de ander te beproeven. Verjaring of kwijtschelding in de ene verbintenis zou niet per se dezelfde werking in de andere verbintenissen moeten hebben. Een dergelijke lotsverbondenheid is wellicht voor bepaalde gevallen – bijvoorbeeld wanneer de debiteuren zich gezamenlijk bij een en dezelfde rechtshandeling tot eenzelfde prestatie verbinden – de juiste benadering, maar niet bij wijze van hoofdregel zonder uitzonderingen. De mate van lotsverbondenheid zou afhankelijk moeten zijn van de concrete rechtsverhoudingen tussen debiteuren onderling en tussen debiteuren en crediteur. Het probleem was dat in ons land geen wettelijke regeling bestond die aan al deze uiteenlopende wensen tegemoet kwam. Dit verklaart de ontwikkeling in de rechtspraak van de buitenwettelijke rechtsfiguur ‘toevallig samenlopende verbintenissen’.³

Intussen was in het Duitse BGB een regeling van de ‘Gesamtschuld’ opgenomen die als uitgangspunt had (en heeft) dat hoofdelijke verbintenissen zelfstandig van aard zijn. Rechtsfeiten die zich in de ene verbintenis voordoen, hebben in de Duitse regeling in beginsel geen gevolg voor de andere verbintenissen. Alleen betaling heeft delgende werking voor alle verbintenissen.⁴ Dit uitgangspunt van onafhankelijkheid van verbintenissen sluit beter aan bij de behoeften van de praktijk, maar het staat niet in de weg aan een andersluidende afspraak of rechtsverhouding tussen partijen.

Met invoering van het nieuwe BW is ons recht wat betreft hoofdelijkheid in het voetspoor van het BGB getreden. De nieuwe regeling van de hoofdelijkheid verenigt de ‘correale’ hoofdelijkheid van het oude BW met de buitenwettelijke ‘toevallig samenlopende verbintenissen’. De regeling wordt gekenmerkt door enerzijds een ruim toepassingsbereik en anderzijds een vergaande zelfstandigheid van de verschillende verbintenissen. Toch is de regeling zo flexibel van aard dat uit specifieke rechtsverhoudingen of concrete afspraken het bestaan van een andere, meer ‘correale’ hoofdelijkheid kan volgen.

3 Par. 2.3 en 2.4.

4 Zie nader par. 3.2.

7.2.2 *het ruime toepassingsbereik van art. 6:6 BW*

In hoofdstuk 2 worden vervolgens aan de hand van een aantal concrete onderwerpen de ‘grenzen’ van de hoofdelijkheidsfiguur verkend. De eerste vaststelling die in dit verband relevant is, betreft de bewoordingen van art. 6:6 BW. Daar waar deze bepaling spreekt van ‘een zelfde schuld’, moet men naar mijn overtuiging lezen ‘een zelfde prestatie’. Het gebruik van het woord ‘schuld’ kan namelijk de mening doen postvatten dat in art. 6:6 BW de zogenaamde ‘uniteitsleer’ is neergelegd, hetgeen zeer terecht niet de bedoeling van de wetgever is geweest. Wanneer twee of meer personen tot eenzelfde prestatie gehouden zijn, is namelijk sprake – mede gegeven het uitgangspunt van zelfstandigheid van de hoofdelijke verbintenissen – van evenzovele verbintenissen (en dus schulden) als er debiteuren zijn. Het is de identieke prestatie die de debiteuren gemeen hebben, niet de identieke verbintenis.⁵ Voorts is gebleken dat het recht van de crediteur om willekeurig welke hoofdelijke debiteur tot nakoming aan te spreken, een hoofdregel is met de nodige uitzonderingen. Dit voert mij tot de conclusie dat dit keuzerecht niet een noodzakelijke voorwaarde is voor aanwezigheid van hoofdelijkheid.⁶

Een noodzakelijk kenmerk van hoofdelijkheid is naar mijn mening wel dat nakoming door één persoon tenminste *twee* verbintenissen teniet doet gaan: de verbintenis waarvan hij zelf de debiteur is en de verbintenis van een andere debiteur.⁷ Uiteraard rijst dan de vraag wanneer daarvan sprake is. Niet noodzakelijk is dat de verbintenissen een identieke bron hebben (bijvoorbeeld een contract waarbij alle debiteuren zijn betrokken).⁸ Zo kunnen de verbintenissen van verschillende schadeverzekeraars die onafhankelijk van elkaar dekking verlenen voor dezelfde schadegebeurtenis als hoofdelijk worden gekwalificeerd.⁹ Evenmin is naar mijn mening noodzakelijk – alhoewel het wel regel zal zijn – dat de verbintenissen een identiek prestatieobject hebben (bijvoorbeeld betaling van een geldsom). Als de verbintenissen bijvoorbeeld namelijk wat betreft prestatieobject verschillen, maar in het vermogen van de crediteur een identieke ‘juridische waarde’ vertegenwoordigen, dan strekken zij toch tot hetzelfde doel en zal – indien door nakoming van de een mede de schuld van de ander tenietgaat – sprake zijn van hoofdelijkheid.¹⁰ Voor de vraag óf nakoming door de een mede de schuld van de ander doet tenietgaan, kan het aankomen op de aard van de verbintenissen. Hebben partijen gewild dat de plicht tot nakoming van een verbintenis geheel geabstraheerd

⁵ Par. 2.3 en par. 2.5.5.

⁶ Par. 2.5.2. Vgl. ook par. 3.2.3, alwaar bleek dat het keuzerecht van de crediteur ook wijkt als de crediteur in plaats van verrekening in te roepen tegenover de ene debiteur, een andere debiteur zonder redelijk belang tot daadwerkelijke nakoming aanspreekt.

⁷ Par. 2.5.3.

⁸ Par. 2.5.4.4.

⁹ Par. 2.5.4.1.

¹⁰ Par. 2.5.4. c.q. par. 2.5.4.3.

moet worden van de eventuele nakoming in een andere verbintenis, dan kan om die reden geen sprake zijn van hoofdelijkheid.¹¹

De conclusie moet zijn dat de verschillende gedaanten waarin men hoofdelijkheid in ons recht tegenkomt, tot de volgende gemeenschappelijke noemer zijn terug te brengen. Hoofdelijkheid doet zich voor indien nakoming door een debiteur in de ene verbintenis mede de verbintenis van een ander teniet doet gaan; deze 'wederzijdse bevrijding' doet zich voor indien en omdat de verschuldigde prestaties een identiek object hebben danwel dezelfde vermogenswaarde vertegenwoordigen in het vermogen van de crediteur. Een zo ruim werkingsbereik van de hoofdelijkheid is zonder bezwaar. De regeling van de hoofdelijkheid is zo flexibel van opzet, dat zij zowel ruimte biedt aan debiteuren die geheel toevallig met elkaar in het hoofdelijkheidsschuitje geraken als aan debiteuren die zich in zelfgekozen lotsverbondenheid hoofdelijk hebben verbonden.

7.3 Externe rechtsverhoudingen

7.3.1 *onafhankelijkheid van verbintenissen*

Hoofdelijke debiteuren hebben soms niet meer met elkaar gemeen dan dat nakoming door een hunner allen bevrijdt. Dit is blijkens de onafhankelijkheid van verbintenissen ook het uitgangspunt in de wettelijke regeling van hoofdelijkheid. Deze onafhankelijkheid komt er kort gezegd op neer dat specifieke rechtsfeiten in een van de verbintenissen geen verandering brengen in bestaan en omvang van de andere verbintenissen. Verzuim van de ene debiteur is niet per definitie verzuim van alle debiteuren; wanprestatie van de ene debiteur is niet van rechtswege wanprestatie van alle debiteuren.¹²

Het betreft hier evenwel niet meer dan een uitgangspunt, waarop tal van uitzonderingen denkbaar (en bedacht) zijn. Die uitzonderingen vinden rechtvaardiging in de specifieke rechtsverhouding tussen de crediteur en de debiteuren. Men dient goed voor ogen te houden dat het predikaat 'hoofdelijkheid' aan uiteenlopende rechtsverhoudingen wordt toegekend, uiteenlopend van zuiver toevallige samenloop van verbintenissen tot een samenloop door borgtocht. Dat is niet bezwaarlijk, want er is genoeg plaats onder de hoofdelijkheidsparaplu. Maar niet uit het oog mag worden verloren dat uiteindelijk (aard en strekking van) het samenstel van rechtsverhoudingen bepaalt of bijvoorbeeld kwijtschelding in de ene verbintenis gevolgen heeft voor de andere verbintenissen. Het uitgangspunt van onafhankelijkheid wijkt indien en voor zover de bewuste rechtsverhoudingen tot andere

¹¹ Par. 2.5.4.2.

¹² Par. 3.6.

uitkomsten aanleiding geven. Zo kunnen uitleg, aard en strekking of wettelijke regeling van het contract waarbij hoofdelijkheid van debiteuren is bedongen ertoe nopen aan te nemen dat verzuim of wanprestatie van één debiteur mede verzuim of wanprestatie van de andere debiteur(en) in hun verbintenis oplevert.¹³ Zo kan kwijtschelding tegenover de ene debiteur in bepaalde gevallen toch ook werking hebben ten behoeve van de resterende debiteuren.¹⁴ En zo zal een nadere afbetalingsregeling, aangeboden aan een van de debiteuren, in elk geval enige werking ten behoeve van de andere debiteuren hebben. Wordt bijvoorbeeld een termijnbetaling gedaan naar aanleiding van de betalingsregeling, dan zal een zodanige betaling veelal kunnen worden gezien als deelbetaling op de oorspronkelijke vordering of als betaling op een na schuldvernieuwing ontstaan nieuw hoofdelijkheidsverband.¹⁵

Naast het uitgangspunt van onafhankelijkheid kent hoofdelijkheid het uitgangspunt dat onvermogen of onvindbaarheid van een der debiteuren voor risico komt van de wél solvante en vindbare debiteuren. Dit vloeit immers voort uit het recht van de crediteur om elk van de debiteuren – al dan niet in een bepaalde aanspreekvolgorde – tot nakoming aan te spreken. De crediteur is 'ein juristischer Pascha'.¹⁶ Niettemin zijn ook bij dit uitgangspunt nuanceringen of uitzonderingen denkbaar. Een nuancering is bijvoorbeeld dat een crediteur onder omstandigheden gehouden is met het oog op de belangen van de niet-draagplichtige debiteuren dezen onverwijld op de hoogte te stellen van betalingsonmacht van de debiteur die hij tot betaling aansprak. Een uitzondering is bijvoorbeeld gelegen in art. 6:102 lid 2 BW, dat het insolventierisico in het daar geregelde geval van eigen schuld en mede-aansprakelijkheid in evenredigheid spreidt over debiteuren en de crediteur.¹⁷

7.3.2 *het extraatje van de Faillissementswet*

Overigens wordt de positie van de crediteur op weinig overtuigende gronden versterkt door de Faillissementswet, die het de crediteur mogelijk maakt om in het faillissement van een debiteur voor meer op te komen dan het in werkelijkheid nog onbetaald gebleven gedeelte. Naast de spreiding van het betalingsrisico die door hoofdelijkheid als zodanig reeds heeft plaatsgevonden, wordt aan de crediteur door de Faillissementswet aldus bovendien een 'preferentie' toegekend ten laste van de concurrerende crediteuren. De noodzaak daartoe is naar mijn mening niet

13 Par. 3.6.

14 Par. 3.3.3.

15 Zie voor beide mogelijkheden par. 3.4.1.

16 P. Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, p. 234.

17 Zie over e.e.a. nader par. 3.9.1.

in de hoofdelijkheidsfiguur gelegen; de door de wetgever aangevoerde argumenten overtuigen niet.¹⁸

7.4 Interne rechtsverhoudingen

7.4.1 *het regresrecht*

In vroeger tijden werd wel betwist dat aan de betalende debiteur uit hoofde van hoofdelijkheid een regresrecht (in ons recht ook wel aangeduid als 'recht op bijdragen' of 'verhaalsrecht') toekwam. Om die reden werd veelal toevlucht genomen tot maatschaps-, zaakwaarnemings- en lastgevingsacties, die evenwel niet altijd soelaas boden. Tussenfiguren als gedwongen 'verkoop' van de vorderingen op de andere debiteuren en subrogatie van deze vorderingen, maakten in veel rechtsstelsels uiteindelijk gelukkig plaats voor een volwaardig regresrecht.¹⁹ Zo ook in ons recht.

Ontdoet men het regres van zijn vorm en ontleedt men de gronden voor regres tot de 'naakte kern', dan blijkt dat het regresrecht ertoe strekt ongerechtvaardigde verrijkingen te voorkomen of te genezen, of ook – nog een abstractiegraad hoger – een billijke verdeling van draagplicht tussen debiteuren te bewerkstelligen.²⁰ Dat zijn algemene rechtvaardigheidsnoties van burgerlijk recht, die niet nader geconcretiseerd worden in art. 6:10 BW. Verdeling moet op grond van die bepaling namelijk plaatsvinden in evenredigheid met de mate waarin 'de schuld' elk van de debiteuren 'aangaat'.

Concretere aanknopingspunten voor regresmaatstaven treft men aan in andere bronnen van verbintenis zoals overeenkomst, zaakwaarneming en ongerechtvaardigde verrijking.²¹ Van alle denkbare concrete regresmaatstaven worden in paragraaf 4.5.4 de voornaamste aan de orde gesteld. Bestaat bijvoorbeeld tussen de debiteuren een contractuele rechtsverhouding, dan dient allereerst in die rechtsverhouding te worden gezocht naar aanknopingspunten voor het regres. Vooral doel en strekking van de contractuele rechtsband zijn richtinggevend; deze voorziet namelijk vaak in een bepaalde risicoverdeling, die ook als regresmaatstaf dienen kan.

Een andere belangrijke regresmaatstaf biedt art. 6:102 lid 1 BW. Bij medeaansprakelijkheid dient in beginsel regres plaats te vinden in evenredigheid met de mate waarin de aan iedere aansprakelijke toe te rekenen omstandigheden tot de schade hebben bijgedragen. Afgezien van de vraag of in dit verband naast veroorzaking ook de mate van verwijtbaarheid relevant is (en zo ja, in welke

18 Par. 3.9.2.

19 Zie over deze ontwikkeling par. 4.2.

20 Par. 4.3.

21 Zie par. 4.4.4 - 4.4.6 en par. 4.5.4.

verhouding), blijft duister tot welke uitkomsten concrete toepassing van de regresmaatstaf van art. 6:102 lid 1 BW moet leiden. De rechterlijke vrijheid is op dit punt groot, mede omdat de Hoge Raad de verdeling van draagplicht door de feitenrechter een vrijwel onaantastbare, want intuïtieve bezigheid vindt. Hoe begrijpelijk deze opstelling ook moge zijn uit oogpunt van beperking van rechterlijke werklast, het betreuenswaardige gevolg is wel dat rechterlijke uitspraken inzake (art. 6:101 en dus ook) art. 6:102 BW zelden werkelijk inzicht verschaffen in de gronden voor verdelingsbeslissingen. Het rechterlijk gebruik van snel en schijnbaar gemakkelijk toe te passen alternatieven zoals regres naar gelijke delen en regres volgens vaste wettelijke verdeelsleutels – deze alternatieven treft men in buitenlandse rechtsstelsels nog wel eens aan – verdient overigens ook geen aanmoediging. Voor individuele rechtvaardigheid in het concrete geval zijn dergelijke vaste verdeelsleutels niet geschikt, terwijl hoofdelijke debiteuren die individuele rechtvaardigheid minder belangrijk achten dan snelle en goedkope afwikkeling van hun regresproblemen, mans genoeg zijn om onderling zélf afspraken te maken over vaste verdeelsleutels.

Andere veel voorkomende regresmaatstaven zijn die inzake borgtocht,²² de 'wettelijke borg',²³ alsmede regres in evenredigheid met genoten profijt,²⁴ in evenredigheid met de omvang van het gelopen risico,²⁵ en in evenredigheid met draagkracht.²⁶ Ook 'van buiten komende' regels zoals de Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten (art. 6:197 BW) kunnen de regresmaatstaf (mede)bepalen.²⁷

Welke regresmaatstaf moet nu in een concreet geval worden toegepast? Daarover zijn nauwelijks algemene uitspraken te doen. De meest voor de hand liggende benadering is die waarin men, behoudens dwingendrechtelijke bepalingen, voorrang verleent aan uitdrukkelijke partijafspraken en bij gebreke daarvan aanknoopt bij inhoud, aard en strekking van de contractuele rechtsverhouding tussen de debiteuren. Ontbreekt deze of houdt zij geen verband met het regresvraagstuk, dan moet worden teruggegrepen op een andere maatstaf, die hetzij rechtstreeks op een wetsebepaling terug te voeren is, hetzij via analoge toepassing van een wetsebepaling of met toepassing van aan een wettelijke regeling ten grondslag liggende ratio gevonden kan worden. In dit verband sprak ik van 'assimilatie van rechtsgronden', waarmee wordt bedoeld op het 'inpassen' van bijvoorbeeld de zaakwaarnemings- of verrijkingsidee in de lege huls van art. 6:10 BW.²⁸

22 Par. 4.5.4.4.

23 Par. 4.5.4.5.

24 Par. 4.5.4.6.

25 Par. 4.5.4.7.

26 Par. 4.5.4.8.

27 Par. 4.5.4.9.

28 Zie par. 4.4.6.

7.4.2 *de bijkomende verplichtingen*

Hoofdelijke debiteuren moeten rekening houden met elkaars gerechtvaardigde belangen; soms moeten zij zich zelfs laten leiden door die belangen. Onder omstandigheden kan een debiteur die door verrekening met een tegenvordering op de crediteur alle verbintenissen teniet zou kunnen doen gaan, hiertoe verplicht zijn jegens de andere debiteuren. Dat doet zich met name voor indien en voor zover de verrekeningsbevoegde ook intern draagplichtig is.²⁹ Bovendien moet naar mijn mening worden aangenomen dat hoofdelijke debiteuren tegenover elkaar – voor zover zij van elkaars bestaan op de hoogte zijn – verplicht zijn datgene te doen wat nodig is om regres te voorkomen en de hoofdelijkheid ordentelijk af te wikkelen. In dit verband kan niet alleen worden gedacht aan de plicht om elkaar in evenredigheid met de interne draagplicht te vrijwaren,³⁰ maar ook aan de plicht om elkaar op de hoogte te stellen van betaling aan de crediteur.³¹ Kosten en schade die in verband met schending van deze plichten ontstaan, kunnen voor vergoeding in aanmerking komen; de maatstaf van art. 6:10 lid 3 BW (verdeling in evenredigheid met de primaire draagplicht) is in dat verband overigens niet altijd bruikbaar.³²

7.4.3 *onderlinge, interne en hoofdelijke regresplicht*

Hoofdelijke debiteuren moeten 'hun aandeel' in de hoofdelijk verschuldigde prestatie dragen; uiteraard kan de omvang van dit aandeel slechts worden bepaald wanneer de aandelen van alle debiteuren in ogenschouw worden genomen. Het aldus in een percentage of breukdeel uitgedrukte aandeel komt overeen met de absolute 'interne draagplicht' van de desbetreffende debiteur.³³ Zijn er meer dan twee hoofdelijke debiteuren, dan zou in de verhouding tussen twee van hen in theorie evenwel ook kunnen worden volstaan met het vaststellen van de *relatieve* omvang, uitgedrukt in een vergelijking van het type $A : B = 1 : 2$. Ik heb dit de 'onderlinge' draagplicht genoemd. Het ogenschijnlijke voordeel van de laatste methode is dat men in een regresprocedure tussen de debiteuren A en B de draagplicht van debiteur C buiten beschouwing kan laten. Toch zal men er uiteindelijk niet aan kunnen ontkomen om het 'totaalbeeld' van de onderlinge draagplichten van alle debiteuren in absolute omvang te berekenen. Die absolute omvang bepaalt namelijk de uiteindelijke interne draagplicht van alle individuele debiteuren.

29 Par. 3.2.3.

30 Par. 4.6.2.

31 Par. 4.6.3.

32 Par. 4.7.2.

33 Par. 4.8.2.

Naar mijn mening is voor ons recht de interne draagplicht regel: de debiteur kan van zijn mededebiteuren niet meer vorderen dan hun absolute aandeel. Regresplichtigheid is namelijk niet hoofdelijk van aard; in hun interne verhouding behoeven de debiteuren niet voor elkaars gegoedheid in te staan. Slechts als blijkt dat een van de debiteuren insolvent of onvindbaar is, kan een zogenaamde omslag plaatsvinden in evenredigheid met de interne draagplicht (art. 6:13 BW). Er zijn overigens uitzonderingen denkbaar op het uitgangspunt dat regresplicht niet hoofdelijk is. Niet alleen kan uit contract of wetsbepaling anders volgen, maar ook kan het voorkomen dat meer dan één debiteur voor hetzelfde 'aandeel' moet instaan. Deze debiteuren vormen – het betreft hier een op Duitse leest geschoeide rechtsfiguur – een zogenaamde veroorzakingseenheid of toerekeningseenheid.³⁴ Dat doet zich bijvoorbeeld voor indien twee of meer personen aansprakelijk zijn voor een en dezelfde schadegebeurtenis c.q. eenzelfde veroorzakingsbijdrage. Gedacht kan worden aan de hoofdelijk aansprakelijke bestuurder en de houder van een motorrijtuig waarmee een verkeersongeval wordt veroorzaakt. Zij vormen een toerekeningseenheid ten opzichte van eventuele andere hoofdelijke debiteuren, wier aansprakelijkheid op andere gronden stoelt (zoals de veroorzakingsbijdrage van een ander motorrijtuig). Tegenover dezen zijn zij hoofdelijk regresplichtig.

7.5 Verstoorde rechtsverhoudingen

Het uitgangspunt van de wettelijke regeling van de hoofdelijkheid is dat rechtsfeiten zoals kwijtschelding, schuldvernieuwing en verjaring, die zich in een van de hoofdelijke verbintenissen voordoen, geen gevolgen hebben voor het bestaan en de omvang van de andere verbintenissen.³⁵ De crediteur kan zijn rechten jegens de andere debiteur(en) gewoon vervolgen. Niettemin zijn de rechtsverhoudingen wel 'verstoord' door het rechtsfeit. Welke gevolgen heeft de verstoring voor de debiteuren onderling? Is er in bepaalde gevallen mogelijk zelfs aanleiding om de verstoring tóch een bepaalde 'externe doorwerking' te geven in die zin dat de crediteur voortaan tegenover de andere debiteuren minder of geen rechten geldend kan maken? Deze vragen staan centraal in hoofdstuk 5.

Met art. 6:11 BW heeft de wetgever een juridisch kader geschapen voor de interne gevolgen (dat wil zeggen: tussen debiteuren onderling) van verstoring. Het artikel bepaalt kort gezegd dat verweermiddelen die de in regres aangesproken debiteur tegenover de crediteur kan invoeren, hem ook als verweer tegen het regres kunnen dienen. Maar, zo bepaalt het vierde lid van art. 6:11, dit is slechts het geval voor zover uit de interne rechtsverhouding niet anders voortvloeit. Hetgeen uit

³⁴ Par. 4.8.4.

³⁵ Par. 3.3 e.v.

de concrete rechtsverhouding tussen debiteuren voortvloeit, gaat altijd voor. Nadere doordenking van werking en werkingsbereik van art. 6:11 leidt daarom tot de conclusie dat steeds en vooral naar die interne rechtsverhoudingen moet worden gekeken; daar ligt de sleutel voor interne oplossing van verstoringsvraagstukken.³⁶ Een debiteur die van oorsprong de enige debiteur is, mag er bijvoorbeeld op vertrouwen dat wanneer een andere persoon zich met hem blijkt te hebben verbonden en deze aan de crediteur betaalt, hij daardoor niet in een slechtere positie komt te verkeren dan wanneer hij zelf door de crediteur tot betaling zou zijn aangesproken.³⁷ Afspraken van de ene hoofdelijke debiteur met de crediteur kunnen de regresposities van de andere debiteuren niet nadelig beïnvloeden.³⁸ Immers, contracten werken niet ten nadele van derden. Maar hebben de debiteuren zich bij meerpartijencontract gelijkelijk verbonden tegenover de crediteur, dan ligt een minder vergaande bescherming van de debiteuren tegen elkaar voor de hand. De grotere lotsverbondenheid leidt er in die gevallen tenminste toe dat de debiteuren zich meer moeten laten leiden door elkaars gerechtvaardigde belangen, hetgeen bijvoorbeeld aanleiding geeft tot specifieke mededelingsplichten.³⁹ Evenmin is uitgesloten dat uit de bewuste meerpartijenovereenkomst wederzijdse vertegenwoordigingsbevoegdheden volgen die maken dat de debiteuren elkaar kunnen binden in hun nadere afspraken met de crediteur. Benadrukt zij dat dit niet uit hoofdelijkheid als zodanig voortvloeit, maar uit de specifieke rechtsverhouding tussen de debiteuren onderling en tussen hen en de crediteur. Die specifieke rechtsverhouding is ook bepalend voor de vraag welke interne rechtsgevolgen verbonden zijn aan bijvoorbeeld verjaring, beperkende werking van redelijkheid en billijkheid en matiging in een van de hoofdelijke verbintenissen. Volgt uit de rechtsverhouding niet anders, dan zal – zo bepaalt althans art. 6:11 BW – verjaring in een van de hoofdelijke verbintenissen vrijwel nooit aan regres in de weg staan, terwijl andere verweermiddelen zoals matiging wél aan een regreszoekende mededebiteur kunnen worden tegengeworpen.

Het uitgangspunt dat verjaring in een van de hoofdelijke verbintenissen niet aan regres in de weg staat, moet mijns inziens wijken wanneer de in regres aangesproken debiteur er op het moment van verjaring van zijn schuld, mede gezien de aard van zijn rechtsverhouding met de crediteur, op mocht vertrouwen dat hij de enige debiteur was.

Soms kan er grond zijn om de verstoring door te laten werken in de externe rechtsverhoudingen, in die zin dat de crediteur voortaan tegenover de andere debiteuren minder of geen rechten geldend kan maken. Uit de aard van de

³⁶ Par. 5.2.1.

³⁷ Par. 5.2.2.

³⁸ Vgl. par. 5.3.4.

³⁹ Par. 5.2.5 en par. 5.3.2.

rechtshandeling die de crediteur verricht ten aanzien van een van de debiteuren kan bijvoorbeeld volgen dat de crediteur verplicht is om een wijziging in die verbintenissen te bewerkstelligen. Het gaat hier om externe doorwerking: zo is een crediteur die tegenover een draagplichtige debiteur afstand doet van zijn vorderingsrecht, naar mijn mening in beginsel tegenover die debiteur verplicht om er zorg voor te dragen dat in zoverre geen regres op hem zal worden genomen. Dat kan voor de crediteur de plicht met zich brengen ook tegenover de andere debiteuren (geheel of gedeeltelijk) afstand te doen van zijn vorderingsrechten. Men kan zelfs zover gaan om in de afstand tegenover de ene debiteur een stilzwijgend(e) (aanbod tot) afstand te zien tegenover de andere debiteuren naar rato van de draagplicht van eerstgenoemde debiteur.⁴⁰ Vergelijkbare verplichtingen tot evenredige vermindering van de aanspraken tegenover de resterende debiteuren bestaan naar mijn overtuiging ook wanneer de crediteur tegenover een van de debiteuren heeft ingestemd met een exoneration.⁴¹

Het kan zich ook voordoen dat buiten partijen om een ingreep heeft plaatsgevonden in de hoofdelijkheidsverhoudingen. Gedacht kan worden aan verstoring van de hoofdelijkheidsverhoudingen door wettelijke uitsluiting of limitering van aansprakelijkheid van één van de debiteuren. Heeft deze verstoring ook gevolgen voor de andere verbintenissen? In ons recht is in dit verband weinig bekend over bijvoorbeeld de gevolgen van wettelijke uitsluiting en limitering. De (weinig) rechtspraak waarin werd beslist dat wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid een evenredige vermindering met zich brengt van de rechten van de crediteur jegens de andere debiteuren, is namelijk toegespitst op de aansprakelijkheidsgevolgen van sociale verzekeringen. Men kan uit die rechtspraak geen algemeen geldende regel destilleren, of het moet de regel zijn dat aard en strekking van de wettelijke uitsluiting richtinggevend zijn.

Er zijn intussen meerdere oplossingen denkbaar voor het geschetste probleem. Denkbaar is bijvoorbeeld de oplossing waarin de verbintenissen van de resterende debiteuren onaangetast blijven, terwijl het regres op de van aansprakelijkheid ontheven persoon ook onaangetast blijft. Wettelijke uitsluiting heeft dan niet het beoogde effect, omdat via een omweg toch aansprakelijkheid is geëffectueerd. Denkbaar is voorts de oplossing waarbij de verbintenissen van de resterende debiteuren weliswaar ongewijzigd blijven, maar zij bovendien geen regres kunnen uitoefenen op de niet-aansprakelijke persoon. Deze laatste blijft aldus beschermd, terwijl de financiële gevolgen van de aansprakelijkheidsuitsluiting of -limitering worden gedragen door de resterende debiteuren. Een andere oplossing zou die zijn waarin de aanspraken van de crediteur jegens de resterende debiteuren worden teruggebracht in evenredigheid met de interne draagplicht van de debiteur wiens

40 Par. 5.3.3.

41 Par. 5.3.4.

aansprakelijkheid is uitgesloten of gelimiteerd.⁴² Deze laatste variant heeft mijn voorkeur, omdat zij de crediteur rechtstreeks belast met de door de uitsluiting beoogde vermindering van zijn aanspraken. Aangenomen mag toch worden dat een dergelijke vermindering – behoudens wetshistorische aanwijzingen voor het tegendeel – het meest in overeenstemming is met de strekking van wettelijke uitsluitingen en limiteringen.⁴³

7.6 Procesrechtelijke aspecten

De crediteur kan zijn hoofdelijke debiteuren onafhankelijk van elkaar en al dan niet gelijktijdig in rechte betrekken om van elk van hen de prestatie op te eisen. Het gezag van het aldus verkregen gewijsde strekt zich slechts uit over de procespartijen. De crediteur kan daarom het gewijsde niet tegenwerpen aan niet-gedaagde debiteuren; evenmin kunnen deze debiteuren er een verweer aan ontlelen jegens de crediteur. Het gewijsde komt ook geen gezag toe tussen de gedaagde debiteur en zijn niet-gedaagde mededebiteuren; het gewijsde is dus geen verweermiddel in de zin van art. 6:11 BW.⁴⁴ Elke andersluidende opvatting waarin wél absolute derdenwerking zou worden toegekend aan rechterlijke uitspraken, zou onaanvaardbare strijd opleveren met het fundamentele procesrechtelijke beginsel van hoor en wederhoor.

Als gezegd is het de crediteur toegestaan om slechts één van meer debiteuren te dagen. Dat neemt niet weg dat het wel zinvol en efficiënt kan zijn om naast de gedaagde debiteur ook andere debiteuren in het geding te betrekken. Gebeurt dit niet, dan strekt het gezag van gewijsde zich niet over die andere debiteuren uit en kan in een eventuele vervolprocedure de zaak een geheel andere wending krijgen. Het gevolg daarvan kan zijn dat de crediteur of de in eerste instantie aangesproken debiteur beklemd raakt tussen tegenstrijdige vonnissen. Er bestaat slechts een beperkt aantal procesrechtelijke instrumenten waarmee niet-gedaagde debiteuren gedwongen kunnen worden om deel te nemen aan het geding.⁴⁵ De rechter kan slechts gelijktijdig aanhangige verknochte rechtszaken op verzoek voegen (art. 158-159 Rv.). Hij heeft naar thans geldend recht waarschijnlijk niet de bevoegdheid om zelfstandig andere derden in de procedure op te roepen.⁴⁶ De gedaagde debiteur kan een vrijwaringsincident uitlokken en aldus andere debiteuren in het geding betrekken, maar vrijwaring is, hoewel accessoir aan de hoofdzaak,

42 De complicaties die in dit verband bij wettelijke limitering ontstaan, worden behandeld in par. 5.4.3.

43 Par. 5.5.

44 Zie par. 6.3.

45 Vrijwillige voeging door een derde is wel mogelijk; zie art. 285 Rv.

46 Zie nader par. 6.2.

toch een aparte procedure tussen hoofdelijke debiteuren onderling. Vrijwaring leidt er dus niet toe dat het gezag in de hoofdzaak zich mede over de vrijwaringsplichtige uitstrekt.

Naar geldend recht komen de lijdelijke rechter dus nauwelijks bevoegdheden toe om derden in het geding te betrekken. Naar wenselijk recht zou de rechter grotere bemoeienis hebben met uitbreiding van de kring van procespartijen indien hij ervan overtuigd is geraakt dat het zinvol en efficiënt is om ook derden in de procedure te betrekken teneinde een volledig en eenduidig beeld van de betreffende hoofdelijkheidsverhouding te krijgen en een voor alle betrokkenen gelijkloidend oordeel te vellen. Denkbaar is bijvoorbeeld een procedure waarbij de rechter, al dan niet op initiatief van partijen, derden tot gedwongen deelname oproept. Daarbij zal steeds een afweging moeten worden gemaakt tussen de nadelen die aan oproeping verbonden zijn (zoals complicatie, vertraging en hogere kosten van de procedure) en de voordelen (zoals het eensluidende gezag van gewijsde en het vervallen van de noodzaak van vervolgprocedures), een en ander in het licht van eventuele alternatieven (zoals een vrijwaringsprocedure).

Het verdient naar mijn mening ernstig overweging om ter gelegenheid van de op stapel staande herijking van het burgerlijk procesrecht een oproepingsbevoegdheid tot gedwongen deelname in te voeren. Deze bevoegdheid kan echter niet op zichzelf staan, ze kan alleen vruchten afwerpen als onderdeel van een integrale heroverweging van de rechterlijke taak in civiele meerpartijenverhoudingen. Dat onderwerp gaat het bestek van deze studie te buiten.

7.7 Slotbeschouwing

Hoofdelijkheid is een rechtsfiguur die ontstaat zodra twee of meer personen zijn gehouden tot een in de regel identieke prestatie. Ten onrechte wordt de rechtsfiguur hoofdelijkheid nogal eens aangezien voor de overeenkomst waarbij iemand zich sterk maakt voor de schulden van een ander. Deze overeenkomst resulteert – net als bijvoorbeeld de aanverwante overeenkomst van borgtocht – in hoofdelijkheid. Maar er zijn nog zoveel meer bronnen van hoofdelijkheid, die elk hun eigen stempel drukken op de hoofdelijkheid. Dat stempel en niet de rechtsfiguur hoofdelijkheid bepaalt de wijze waarop interne en externe rechtsverhoudingen op elkaar inwerken. Hoofdelijkheid is met andere woorden een kameleontische rechtsfiguur die zich aanpast aan de door de specifieke rechtsverhoudingen bepaalde omgeving.

Zusammenfassung

1 Einleitung

Diese Studie beschäftigt sich mit der Frage, was die Gesamtschuld ist. Diese Frage spaltet sich auf in die Teilfragen, wann diese Form der Schuld auftritt, welche Konsequenzen sie für die betroffenen Schuldner in ihrem Verhältnis zum Gläubiger mit sich bringt und welche Folgen sie für die Schuldner im Innenverhältnis hat. Während der Arbeit erwies es sich, daß die gestellten Fragen ihrerseits weitere Fragen hervorriefen, die nach Behandlung verlangten. Um nicht vom Hauptwege abzukommen, mußten gleichwohl einige Dinge unbehandelt bleiben.

Diese Studie über die Gesamtschuld untersucht das niederländische Recht *de lege lata* und *de lege ferenda*. Bei der Untersuchung standen die Gesetzgebung, Gesetzesgeschichte, Rechtsprechung und Literatur im Mittelpunkt. Vielfach aber baut die Arbeit aber auch auf Einsichten auf, die aus der Vergleichung mit fremdem oder altem Recht gezogen werden können.¹

2 Die Grenzen der Gesamtschuld

2.1 Korrealität, Solidarität, Zufall und Bestimmung

In Kapitel 2 dieses Buches wurden zuallererst die historischen Hintergründe der Rechtsfigur der Gesamtschuld skizziert. Das römische Recht, wie es insbesondere von den Pandektisten im 19. Jahrhundert rekonstruiert wurde, kannte zwei Arten der Gesamtschuld. Die eine, 'Korrealität', zeichnet sich durch ein hohes Maß an Schicksalsgemeinschaft zwischen den Gesamtschuldnern in ihrem Verhältnis zum Gläubiger aus. Dieser hatte eine einzige Klagemöglichkeit. Wurde beispielsweise sein Anspruch gegen einen der Schuldner abgewiesen, so waren auch die anderen Schuldner definitiv frei von Ansprüchen. Die andere Art der Gesamtschuld, 'Solidarität', kannte eine so weitgehende Identifikation der Schuldner nicht.² Es erweist sich, daß die 'Korrealität' mehr oder weniger im französischen Code Civil ihren Niederschlag fand, und demzufolge auch im alten niederländischen Bürgerlichen Gesetzbuch. Die 'Solidarität' blieb unregelt. Gleichwohl zeigte es sich, daß es Bedürfnis für eine weniger rigide Form der Gesamtschuld gab. Immerhin ist es wenig gerechtfertigt - weder hinsichtlich der Schuldner, noch dem Gläubiger gegenüber - Schuldnern, die völlig zufällig zu derselben Leistung verpflichtet sind,

1 Siehe im Einzelnen die Erläuterungen in Kapitel 1.

2 § 2.2.

aus einzig diesem Grund gleichsam zu demselben Schicksal zu verurteilen. Es ist in diesen Fällen unangemessen, ein stattgebendes Urteil, das gegenüber dem einen Schuldner ergangen ist, auch mit Wirkung gegen einen anderen Schuldner auszustatten, genauso wie es unangemessen ist, einem Gläubiger die Möglichkeit zu nehmen, nach der Abweisung seiner Klage gegen den einen Schuldner sein Glück auch noch gegen den anderen zu versuchen. Verjährung oder Erlass der einen Verbindlichkeit dürfte nicht dieselbe Wirkung auf die anderen Verbindlichkeiten haben. Eine derartige Schicksalsgemeinschaft stellt vielleicht in bestimmten Fällen – z.B., wenn die Schuldner sich gemeinsam mit ein und demselben Rechtsgeschäft zu derselben Leistung verpflichten – den richtigen Ansatz dar. Als Prinzip ohne Ausnahmen aber taugt sie nicht. Das Maß der Schicksalsgemeinschaft müßte von den konkreten Rechtsbeziehungen der Schuldner untereinander und zwischen Schuldnern und Gläubiger abhängig sein. Das Problem war, das in den Niederlanden keine gesetzliche Regelung bestand, die all diesen divergierenden Anforderungen entsprechen konnte. So kam es zur Entwicklung der außergesetzlichen Rechtsfigur der 'zufälligen Gesamtschulden' durch die Rechtsprechung.³

Inzwischen war im deutschen BGB eine Regelung der Gesamtschuld aufgenommen worden, die als Ausgangspunkt hatte (und noch stets hat), daß Gesamtschulden voneinander unabhängig sind. Umstände, die sich in dem einen Schuldverhältnis zutragen, haben nach der deutschen Regelung grundsätzlich keine Auswirkung auf ein anderes Schuldverhältnis. Nur die Leistung hat Erfüllungswirkung in Bezug auf alle Verbindlichkeiten.⁴ Dieser Ausgangspunkt der Unabhängigkeit der Schuldverhältnisse kommt den Bedürfnissen der Praxis entgegen, läßt aber auch Raum für abweichende Vereinbarungen der Parteien oder die Berücksichtigung eines besonderen Rechtsverhältnisses zwischen ihnen.

Mit Einführung des neuen BW ist das niederländische Recht in Sachen Gesamtschuld in die Fußspuren des BGB getreten. Die neue Regelung der Gesamtschuld vereint die 'korreale' Gesamtschuld des alten BW mit den nicht gesetzlich geregelten 'zufälligen Gesamtschulden'. Die Regelung zeichnet sich einerseits durch einen weiten Anwendungsbereich aus und andererseits durch eine weitgehende Selbständigkeit der einzelnen Schuldverhältnisse. Und doch ist die Regelung so flexibel, daß sich aus besonderen Rechtsbeziehungen oder konkreten Absprachen eine andere, eher 'korreale' Gesamtschuld ergeben kann.

3 §§ 2.3 und 2.4.

4 Siehe ausführlicher in § 3.2.

2.2 *Der weite Anwendungsbereich von Art. 6:6 BW*

In Kapitel 2 werden sodann anhand einer Anzahl konkreter Anwendungsfälle die Grenzbereiche der Figur der Gesamtschuld erkundet. Die erste Feststellung, die in diesem Zusammenhang relevant ist, betrifft den Wortlaut von Art. 6:6 BW. Wo diese Vorschrift von 'derselben Schuld' spricht, muß man nach meiner Ansicht 'dieselbe Leistung' lesen. Die Verwendung des Wortes 'Schuld' kann nämlich die Vermutung nähren, daß in Art. 6:6 BW die sogenannte 'Einheitslehre' niedergelegt sei, was aber richtigerweise nicht die Absicht des Gesetzgebers gewesen ist. Wenn zwei oder mehr Personen zu derselben Leistung verpflichtet sind, gibt es nämlich – unter der Voraussetzung der Selbständigkeit der Gesamtschulden – genauso viele Schuldverhältnisse (und damit Schulden), wie es Schuldner gibt. Es ist die identische Leistung, die die Schuldner gemein haben, nicht das identische Schuldverhältnis.⁵ Desweiteren ergab sich, daß das Recht des Gläubigers, nach seinem Belieben einen Gesamtschuldner auszuwählen und ihn in Anspruch zu nehmen, ein Prinzip mit den nötigen Ausnahmen darstellt. Das bringt mich zu der Schlußfolgerung, daß dieses Wahlrecht keine notwendige Bedingung für das Vorliegen einer Gesamtschuld bedeutet.⁶

Ein notwendiges Merkmal der Gesamtschuld ist meines Erachtens allerdings, daß die Erfüllung durch eine Person mindestens *zwei* Verbindlichkeiten untergehen läßt. Es sind die Verbindlichkeit, die er selbst schuldet, und die Verbindlichkeit eines anderen Schuldners.⁷ Freilich erhebt sich die Frage, wann denn dies der Fall ist. Nicht erforderlich ist, daß die Verbindlichkeiten die identische Grundlage haben (z.B. ein Vertrag, an dem alle Schuldner beteiligt sind).⁸ So können die Verbindlichkeiten mehrerer Sachversicherer, die voneinander unabhängig für denselben Schadensfall Deckung zusagen, als gesamtschuldnerisch qualifiziert werden.⁹ Ebenso wenig ist es meiner Ansicht nach notwendig – wenngleich es wohl die Regel sein wird – daß die Verbindlichkeiten denselben Leistungsgegenstand betreffen (z.B. die Zahlung einer Geldsumme). Wenn die Schuldverhältnisse sich z. B. gerade im Leistungsgegenstand unterscheiden, aber im Vermögen des Gläubigers denselben 'juristischen Wert' repräsentieren, dann sind sie doch auf denselben Zweck gerichtet und es handelt sich um eine Gesamtschuld, wenn durch die Erfüllung der einen auch die Schuld des anderen untergeht.¹⁰ Für die Frage, ob die Erfüllung durch den einen zugleich die Schuld des anderen untergehen läßt, kann es auf die Art

5 §§ 2.3 und 2.5.5.

6 § 2.5.2. Vgl. auch § 3.2.3, wo es sich herausstellte, daß das Wahlrecht des Gläubigers auch zurücktritt, wenn er, statt die Aufrechnung gegen den einen Schuldner vorzunehmen, einen anderen Schuldner ohne berechtigtes Interesse auf Erfüllung in Anspruch nimmt.

7 § 2.5.3.

8 § 2.5.4.4.

9 § 2.5.4.1.

10 § 2.5.4 bzw. § 2.5.4.3.

der Schuldverhältnisse ankommen. Haben die Parteien gewollt, daß die Pflicht zur Erfüllung einer Verbindlichkeit gänzlich von der eventuellen Erfüllung einer anderen Verbindlichkeit abstrahiert werden muß, dann scheidet aus diesen Gründen eine Gesamtschuld aus.¹¹

Die Schlußfolgerung muß sein, daß die verschiedenen Bereiche, in denen man der Gesamtschuld in im niederländischen Recht begegnet, auf den folgenden gemeinsamen Nenner zu bringen sind. Eine Gesamtschuld besteht, wenn die Erfüllung durch einen Schuldner zugleich die Verbindlichkeit eines anderen untergehen läßt. Diese 'gegenseitige Ablösung' erfolgt, wenn und weil die geschuldeten Leistungen denselben Gegenstand betreffen oder denselben Vermögenswert im Vermögen des Gläubigers darstellen. Ein so weiter Anwendungsbereich der Gesamtschuld ist unproblematisch. Die Regelung der Gesamtschuld ist so flexibel gehalten, daß sie sowohl Schuldner Raum bietet, die sich ganz zufällig als Gesamtschulder 'in demselben Boot' wiederfinden, als auch Schuldner, die sich in selbstgewählter Schicksalsgemeinschaft gesamtschuldnerisch verpflichtet haben.

3 Externe Rechtsbeziehungen

Gesamtschuldner haben oft nicht mehr Gemeinsames, als daß die Erfüllung durch einen von ihnen alle von ihnen befreit. Dies ist vor dem Hintergrund der Unabhängigkeit der Schuldverhältnisse auch der Grundgedanke der gesetzlichen Regelung der Gesamtschuld. Die Unabhängigkeit bedeutet, kurz gesagt, daß besondere Umstände innerhalb des einen Schuldverhältnisses keine Veränderungen für Bestehen und Umfang der anderen Schuldverhältnisse zeitigen. Der Verzug des einen Schuldners ist nicht *per definitionem* der Verzug aller Schuldner und die Schlechtleistung des einen ist nicht von Gesetzes wegen die Schlechtleistung aller.¹²

Es geht hier gleichwohl um nicht mehr als einen Ausgangspunkt, von dem aus eine ganze Anzahl von Ausnahmen denkbar sind und auch bedacht worden sind. Diese Ausnahmen finden ihre Rechtsfertigung in der konkreten Rechtsbeziehung zwischen dem Gläubiger und den Schuldner. Man darf nicht vergessen, daß das Merkmal der 'Gesamtschuld' ganz verschiedenen Rechtsverhältnissen zuerkannt wird, von solchen, die sich völlig zufällig zusammengefounden haben bis hin zum Falle der Mehrheit von Schuldverhältnissen bei der Bürgschaft. Dies ist nicht bedenklich, weil es unter dem Schirm der Gesamtschuld hinreichend Platz gibt. Aber man darf auch nicht vergessen, daß letztlich die Art und der Gegenstand

11 § 2.5.4.2.

12 § 3.6.

der Kombination der zusammentreffenden Rechtsverhältnisse bestimmt, ob z.B. der Erlaß im Rahmen des einen Schuldverhältnisses Folgen für die anderen Schuldverhältnisse hat. Der Grundsatz der Unabhängigkeit öffnet sich für Ausnahmen, wenn und soweit die betroffenen Rechtsverhältnisse zu einer anderen Behandlung Anlaß geben. So können die Auslegung, die Art und der Gegenstand oder die gesetzliche Regelung eines Vertrages, durch den eine Gesamtschuldnerschaft vereinbart ist, bewirken, daß der Verzug oder die Schlechtleistung eines Schuldners auch Verzug oder Schlechtleistung des anderen Schuldners im Rahmen seines Schuldverhältnisses begründet.¹³ So kann der Erlaß gegenüber dem einen Schuldner in bestimmten Fällen doch auch Wirksamkeit zugunsten der übrigen Gläubiger entfalten.¹⁴ So entfaltet eine Ratenzahlungsvereinbarung, die einem der Schuldner angeboten worden ist, in jedem Fall eine Wirkung zugunsten der anderen Schuldner. Wird z.B. eine Rate aufgrund der Vereinbarung gezahlt, dann kann eine solche Zahlung häufig als Teilzahlung auf die ursprüngliche Forderung oder als Zahlung aufgrund eines nach Novation entstandenen neuen Gesamtschuldverhältnisses angesehen werden.¹⁵

Neben dem Ausgangspunkt der Unabhängigkeit kennt die Gesamtschuld das Prinzip, daß das Unvermögen oder die Unauffindbarkeit eines der Schuldner zu Lasten der zahlungsfähigen und angetroffenen Schuldner geht. Dies ergibt sich immerhin aus dem Recht des Gläubigers, jeden der Schuldner – gegebenenfalls in einer bestimmten Reihenfolge – auf Erfüllung in Anspruch zu nehmen. Der Gläubiger ist 'ein juristischer Pascha'.¹⁶ Gleichwohl sind auch bei diesem Grundsatz Nuancierungen oder Ausnahmen denkbar. Eine Verfeinerung stellt z.B. dar, daß ein Gläubiger unter Umständen verpflichtet ist, den letztlich nicht zur Tragung der Schuld verpflichteten Schuldner mitzuteilen, daß derjenige, den er in Anspruch genommen hat, nicht zahlen konnte. Eine Ausnahme liegt z.B. in Art. 6:102 Abs. 2 BW, der das Insolvenzrisiko im dort geregelten Fall des Mitverschuldens und der Haftung mehrerer verhältnismäßig unter den Schuldner und dem Gläubiger verteilt.¹⁷

13 § 3.6.

14 § 3.3.3.

15 Siehe wegen beider Möglichkeiten § 3.4.1.

16 P. Heck, *Grundriß des Schuldrechts*, Tübingen 1929, S. 234.

17 Siehe jeweils ausführlicher in § 3.9.1.

4 Interne Rechtsbeziehungen

4.1 Der Rückgriff

Früher wurde bezweifelt, daß dem leistenden Schuldner aufgrund der Gesamtschuld ein Rückgriffrecht (im niederländischen Recht auch bezeichnet als 'Recht zum Beitrag') zustand. Aus diesem Grund wurde vielfach in gesellschaftsrechtliche Konstruktionen, zur Geschäftsführung ohne Auftrag oder zum Auftragsrecht ausgewichen, die gleichwohl nicht immer einen Ausweg boten. Mischkonstruktionen wie der erzwungene 'Verkauf' der Forderungen an die anderen Schuldner und die Legalzession dieser Forderungen machten in vielen Rechtssystemen letztlich Platz für ein vollwertiges Regreßrecht,¹⁸ so auch im niederländischen Recht.

Nimmt man dem Regreß die Hülle seiner Form und analysiert man die Regreßgründe bis auf den 'nackten Kern', dann erkennt man, daß das Regreßrecht bezweckt, ungerechtfertigte Bereicherungen zu vermeiden oder zu korrigieren, oder – auf einer noch höheren Abstraktionsebene – eine angemessene Verteilung der Leistungspflicht zwischen den Schuldern zu bewirken.¹⁹ Das sind allgemeine Gerechtigkeitsaspekte des bürgerlichen Rechts, die in Art. 6:10 BW nicht näher konkretisiert werden. Die Verteilung muß gemäß dieser Vorschrift nämlich in dem Maße erfolgen, wie 'die Schuld' jeden der Schuldner 'betrifft'.

Konkrete Anknüpfungspunkte für Regreßregeln findet man in anderen Quellen von Schuldverhältnissen wie Vertrag, Geschäftsführung ohne Auftrag und ungerechtfertigter Bereicherung.²⁰ Von allen denkbaren konkreten Regreßregeln werden in Paragraph 4.5.4 die wichtigsten behandelt. Wenn z.B. zwischen den Schuldern eine vertragliche Beziehung besteht, so muß zuerst in diesem Rechtsverhältnis nach Anhaltspunkten für den Regreß gesucht werden. Vor allem Zweck und Gegenstand des konkreten Rechtsverhältnisses geben die Richtung vor. Hier liegt nämlich oft eine bestimmte Risikozuweisung, die auch als Maßstab für den Regreß dienen kann.

Einen anderen wichtigen Regreßmaßstab bietet Art. 6:102 Abs. 1 BW. Bei der Haftung mehrerer hat der Regreß in der Regel in Verhältnis stattzufinden, in dem die jedem einzelnen Haftenden zuzurechnenden Umstände zum Schaden beigetragen haben. Abgesehen von der Frage, ob in diesem Zusammenhang neben der Kausalität auch das Maß an Vorwerfbarkeit zu beachten ist (und so ja, in welchem Verhältnis), bleibt es dunkel, zu welchem Ergebnis die konkrete Anwendung des Regreßmaßstabs von Art. 6:102 lid 1 führen muß. Die richterliche Freiheit ist in diesem Punkt recht groß, auch weil der *Hoge Raad* die Verteilung

18 Siehe zur dieser Entwicklung § 4.2.

19 § 4.3.

20 Siehe §§ 4.4.4-4.4.6 und § 4.5.4.

der Anteile durch den Tatsachenrichter als eine praktisch unantastbare, weil intuitive Tätigkeit ansieht. Wie verständlich diese Position unter dem Gesichtspunkt der Beschränkung der Arbeitslast der Gerichte auch sein mag, die betrauenswürdige Folge ist freilich, daß Gerichtsentscheidungen zu (Art. 6:101 und folglich auch zu) Art. 6:102 BW selten wirkliche Einsicht in die Gedanken vermitteln, die der Verteilung zugrunde liegen. Die Verwendung von schnell und scheinbar leicht anzuwendender Alternativen wie dem Regreß nach gleichen Teilen und dem Regreß nach festen gesetzlichen Verteilungsschlüsseln – diese Alternativen findet man in ausländischen Rechtsordnungen gelegentlich noch an – verdient übrigens auch keine Empfehlung. Für die individuelle Gerechtigkeit im Einzelfall sind derartige Verteilungsschlüssel nicht geeignet, während Gesamtschuldner, die die individuelle Gerechtigkeit als weniger wichtig erachten, als eine schnelle und mit geringen Kosten belastete Abwicklung ihrer Regreßprobleme, hinreichend in der Lage sind, selbst feste Verteilungsschlüssel zu vereinbaren.

Andere vielfach vorkommende Regreßmaßstäbe sind diejenigen der Bürgschaft,²¹ des 'gesetzlichen Bürgen'²² sowie der Regreß nach dem erlangten Vorteil,²³ im Verhältnis zum Umfang des übernommenen Risikos²⁴ und im Verhältnis zur Leistungsfähigkeit der Betroffenen.²⁵ Auch Regelungen, die 'von außen kommen', wie die 'Vorübergehende Regelung der Regreßrechte' (*Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten*) in Art. 6:197 BW, können den Regreßmaßstab (mit)bestimmen.²⁶

Nach welchem Maß muß nun im konkreten Fall der Regreß stattfinden? Darüber kann man kaum Allgemeingültiges feststellen. Der naheliegendste Ansatz ist derjenige, daß man, außer dem Fall zwingender gesetzlicher Vorschriften, ausdrücklichen Parteiabreden Vorrang gibt und mangels derer an den Inhalt, die Art und den Gegenstand des vertraglichen Rechtsverhältnisses zwischen den Schuldnern anknüpft. Wenn es auch dieses nicht gibt oder es keinen Zusammenhang mit der Frage des Regresses aufweist, so muß auf einen anderen Maßstab zurückgegriffen werden, der entweder unmittelbar auf eine gesetzliche Bestimmung zurückzuführen ist, oder mittels analoger Anwendung des Gesetzes oder durch Anwendung einer der gesetzlichen Regelung zugrunde liegenden Ratio gefunden werden kann. In diesem Zusammenhang sprach ich von der 'Assimilation von Rechtsgrundlagen', womit das 'Einpassen' von z.B. der Gedanken der Geschäftsführung ohne Auftrag oder der ungerechtfertigten Bereicherung in die 'leere Hülse' von Art. 6:10 BW.²⁷

21 § 4.5.4.4.

22 § 4.5.4.5.

23 § 4.5.4.6.

24 § 4.5.4.7.

25 § 4.5.4.8.

26 § 4.5.4.9.

27 Siehe § 4.4.6.

4.2 Die Nebenverpflichtungen

Gesamtschuldner müssen einander Rücksicht auf die berechtigten Interessen des jeweils anderen zollen. Gelegentlich müssen sie sich sogar von jenen Interessen führen lassen. Unter Umständen kann ein Schuldner, der durch Aufrechnung mit einer Gegenforderung gegenüber dem Gläubiger alle Verbindlichkeiten untergehen lassen könnte, eben hierzu gegenüber den anderen Schuldnern verpflichtet sein. Dies ist insbesondere dann der Fall, wenn und soweit der Aufrechnungsberechtigte auch im Innenverhältnis zur Leistung verpflichtet ist.²⁸ Darüberhinaus muß meines Erachtens angenommen werden, daß Gesamtschuldner – soweit sie von der Existenz des jeweils anderen Kenntnis haben – einander verpflichtet sind, all das zu unternehmen, was erforderlich ist, um Regreß zu vermeiden und die Gesamtschuld ordnungsgemäß abzuwickeln. In diesem Zusammenhang kann nicht nur an die Pflicht gedacht werden, einander entsprechend der Leistungspflicht im Innenverhältnis nach außen hin Freistellung zu verschaffen,²⁹ sondern auch an die Pflicht, einander Kenntnis über Zahlungen an den Gläubiger zu verschaffen.³⁰ Kosten und Schäden, die im Zusammenhang mit der Verletzung dieser Pflichten entstehen, können gegebenenfalls ersetzt verlangt werden. Der Maßstab von Art. 6:10 Abs. 3 BW (Verteilung im Verhältnis der primären Pflicht zur Leistung im Innenverhältnis) ist hierfür übrigens nicht immer tauglich.³¹

4.3 Der gegenseitige, interne und gesamtschuldnerische Regreß

Gesamtschuldner müssen ihren 'Anteil' an der gesamtschuldnerisch geschuldeten Leistung tragen. Natürlich kann der Umfang dieses Anteils nur bestimmt werden, wenn die Anteile aller Schuldner betrachtet werden. Der so in Prozenten oder in Bruchteilen gefaßte Anteil entspricht der absoluten Pflicht zur Leistung im Innenverhältnis des betreffenden Schuldners.³² Gibt es mehr als zwei Gesamtschuldner, dann könnte es im Verhältnis zwischen zwei von ihnen theoretisch auch hinreichend sein, den *relativen* Umfang zwischen zweien von ihnen festzustellen, ausgedrückt in einer Gleichung der Art $A : B = 1 : 2$. Ich habe dies die 'gegenseitige' Pflicht zur Leistung genannt. Der offensichtliche Vorteil der letzteren Methode ist es, daß man in einem Regreßverfahren zwischen den Schuldnern A und B die Leistungspflicht von C außer Betracht lassen kann. Und doch wird man letztlich das 'Gesamtbild' der gegenseitigen Leistungspflichten aller Schuldner in absolutem Umfang zu errechnen haben. Der absolute Umfang bestimmt nämlich die endgültige

28 § 3.2.3.

29 § 4.6.2.

30 § 4.6.3.

31 § 4.7.2.

32 § 4.8.2.

Leistungspflicht aller einzelnen Schuldner im Innenverhältnis. Meiner Meinung nach gibt im niederländischen Recht die endgültige Leistungspflicht im Innenverhältnis die Hauptregel im Regreß vor: Der Schuldner kann von seinen Mitschuldnern nicht mehr als ihren absoluten Anteil verlangen. Der Regreß selbst ist nicht gesamtschuldnerisch organisiert; im Innenverhältnis brauchen die Schuldner einander nicht für ihre Bonität einzustehen. Nur wenn es sich herausstellt, daß einer der Schuldner insolvent oder nicht greifbar ist, kann eine sogenannte Umlage im Verhältnis zur internen Leistungspflicht erfolgen (Art. 6:13 BW). Es sind übrigens Ausnahmen vom Prinzip möglich, daß der Regreß nicht gesamtschuldnerisch erfolgt. Nicht nur kann sich aus Vertrag oder gesetzlicher Bestimmung etwas anderes ergeben, sondern es kann auch vorkommen, daß mehr als ein Gläubiger für denselben Anteil einstehen müssen. Diese Schuldner bilden – nach dem Muster der in Deutschland entwickelten Dogmatik – eine sogenannte Verursachungs- oder Zurechnungseinheit.³³ Dies ist z.B. der Fall, wenn zwei oder mehr Personen für ein und dasselbe Schadensereignis bzw. für denselben Verursachungsbeitrag haften. Man kann hier an die gesamtschuldnerisch haftenden Fahrer und Besitzer eines Kraftfahrzeugs denken, mit dem ein Verkehrsunfall verursacht wird. Sie bilden eine Zurechnungseinheit gegenüber eventuellen anderen Gesamtschuldnern, deren Haftung sich auf andere Umstände gründet (wie der Verursachungsbeitrag eines anderen Kraftfahrzeugs). Jenen gegenüber sind diese gesamtschuldnerisch regreßpflichtig.

5 Gestörte Rechtsverhältnisse

Der Ausgangspunkt der gesetzlichen Regelung der Gesamtschuld ist der, daß rechtlich relevante Umstände wie ein Erlaß, eine Novation oder die Verjährung, die sich in einem der gesamtschuldnerischen Schuldverhältnisse ereignen, keine Folgen für den Bestand und den Umfang der anderen Schuldverhältnisse haben.³⁴ Der Gläubiger kann seine Rechte gegenüber den anderen Schuldnern ganz unbehindert verfolgen. Gleichwohl sind die Rechtsverhältnisse durch den genannten Umstand 'gestört'. Welche Folgen bewirkt diese Störung unter den Schuldnern? Ist es in bestimmten Fällen möglicherweise erforderlich, die Störung mit einer gewissen 'externen Wirkung' auszustatten, so daß der Gläubiger fortan gegenüber den anderen Schuldnern weniger oder keine Ansprüche mehr geltend machen kann? Diese Fragen bilden den Hauptgegenstand von Kapitel 5.

Mit Art. 6:11 BW hat der Gesetzgeber einen juristischen Rahmen für die inneren Folgen der Störung (d.h. zwischen den Schuldnern) geschaffen. Der Artikel

³³ § 4.8.4.

³⁴ §§ 3.3 f.

bestimmt, auf eine Kurzformel gebracht, daß die Einwendungen, die der in Regress genommene Schuldner gegenüber dem Gläubiger geltend machen kann, ihm auch als Einwendung beim Regress dienen können. Aber, so bestimmt Absatz 4 von Art. 6:11, dies ist nur dann der Fall, soweit sich aus dem internen Rechtsverhältnis nichts anderes ergibt. Was sich aus dem konkreten Rechtsverhältnis zwischen den Schuldern ergibt, hat stets Vorrang. Eine nähere Durchleuchtung der Funktion und des Anwendungsbereichs von Art. 6:11 führt daher zu der Schlußfolgerung, daß man stets und vor allem die internen Rechtsverhältnisse betrachten muß. Dort liegt der Schlüssel für die interne Lösung von Fragen der Störungen der Gesamtschuld.³⁵ Ein Schuldner, der anfänglich der einzige Schuldner war, darf z.B. darauf vertrauen, daß er – wenn sich herausstellt, daß eine andere Person sich neben ihm verpflichtet hat und diese an den Gläubiger zahlt – dadurch nicht in eine schlechtere Position gerät, als wenn er selbst vom Gläubiger auf Zahlung in Anspruch genommen worden wäre.³⁶ Abreden des einen Gesamtschuldners mit dem Gläubiger können die Regreßpositionen der anderen Schuldner nicht nachteilig beeinflussen.³⁷ Schließlich sind Verträge zulasten Dritter nicht statthaft. Wenn aber die Schuldner sich in einem mehrseitigen Vertrag zugleich gegenüber dem Gläubiger verpflichtet haben, dann liegt vielleicht ein weniger weitgehender Schutz unter den Schuldnern nahe. Die größere Verbundenheit führt in diesen Fällen zumindest dazu, daß die Schuldner sich eher durch die berechtigten Interessen der jeweils anderen leiten lassen müssen. Dies begründet z.B. besondere Informationspflichten.³⁸ Ebenso wenig ist ausgeschlossen, daß aus dem bewußten mehrseitigen Vertrag gegenseitige Vertretungsbefugnisse folgen, die bewirken, daß die Schuldner sich einander in weitergehenden Vereinbarungen mit dem Gläubiger verpflichten können. Es ist zu betonen, daß sich dies nicht aus der Gesamtschuld als solcher ergibt, sondern aus den spezifischen Rechtsverhältnissen der Schuldner untereinander und zwischen ihnen und dem Gläubiger. Diese spezifischen Rechtsverhältnisse bestimmen auch die Frage, welche internen Rechtsfolgen mit z.B. der Verjährung, der einschränkenden Wirkung von Treu und Glauben und der Herabsetzung einer Verbindlichkeit verbunden sind. Folgt aus dem Rechtsverhältnis nichts anderes, dann – so bestimmt zumindest Art. 6:11 BW – beeinträchtigt die Verjährung einer der Verbindlichkeiten im Rahmen der Gesamtschuld so gut wie niemals den Regreß, während andere Einwendungen wie die Herabsetzung sehr wohl dem Regreß nehmendem Mitschuldner entgegengehalten werden können. Der Grundsatz, daß die Verjährung einer Verbindlichkeit im Rahmen des Gesamtschuldverhältnisses den Regreß nicht hindert, muß meines Erachtens zurücktreten, wenn der in Regreß genommene Schuldner im Moment der Verjährung seiner Schuld, auch unter

35 § 5.2.1.

36 § 5.2.2.

37 Vgl. § 5.3.4.

38 §§ 5.2.5 und 5.3.2.

Beachtung der Art seiner rechtlichen Beziehung zum Gläubiger, darauf vertrauen durfte, daß er der einzige Schuldner war.

Gelegentlich kann es Grund dafür geben, die Störung in die externen Rechtsverhältnisse durchwirken zu lassen, dies in dem Sinne, daß der Gläubiger gegenüber den anderen Gläubigern weniger oder keine Rechte geltend machen kann. Aus der Art des Rechtsgeschäfts, das der Gläubiger hinsichtlich eines der Schuldner vornimmt, kann z.B. folgen, daß der Gläubiger verpflichtet ist, eine Abänderung der Schuldverhältnisse zu bewirken. Es geht hier um eine externe Wirkung. So ist ein Gläubiger, der gegenüber einem leistungspflichtigen Schuldner auf seine Forderung verzichtet, meines Erachtens grundsätzlich dem Schuldner gegenüber verpflichtet, dafür zu sorgen, daß insoweit ihm gegenüber kein Regreß ausgeübt werden wird. Das kann für den Gläubiger die Pflicht mit sich bringen, auch gegenüber den anderen Schuldnern (ganz oder teilweise) auf seine Forderungen zu verzichten. Man kann sogar soweit gehen, in dem Verzicht gegenüber dem einen Schuldner ein konkludentes Angebot auf einen Erlaß gegenüber den anderen Schuldnern (im Umfange der Leistungspflicht des erstgenannten Schuldners im Innenverhältnis) zu sehen.³⁹ Vergleichbare Verpflichtungen zur verhältnismäßigen Herabsetzung der Ansprüche gegenüber den restlichen Schuldnern bestehen meines Erachtens auch, wenn der Gläubiger gegenüber einem der Schuldner in einen Haftungsausschluß eingewilligt hat.⁴⁰

Es kann auch geschehen, daß hinter dem Rücken der Parteien ein Eingriff in das Gesamtschuldverhältnis stattgefunden hat. Hier kann man an eine Störung der Gesamtschuld durch einen gesetzlichen Haftungsausschluß oder jedenfalls eine solche Beschränkung der Haftung eines der Schuldner denken. Hat diese Störung Auswirkungen auf die anderen Schuldverhältnisse? Im niederländischen Recht ist hierüber wenig zu finden. Die (wenige) Rechtsprechung, in der entschieden wurde, daß ein gesetzlicher Haftungsausschluß eine verhältnismäßige Reduzierung der Rechte des Gläubigers gegenüber den anderen Schuldnern mit sich bringt, ist nämlich besonders auf die Haftungsfolgen der Sozialversicherung ausgerichtet. Man kann aus dieser Rechtsprechung keine allgemeingültige Regel destillieren, wenn nicht die Regel, daß Art und Gegenstand des gesetzlichen Ausschlusses richtungsweisend sind.

Unterdessen sind mehrere Lösungen für das skizzierte Problem denkbar. Man kann z.B. daran denken, daß die Verbindlichkeiten der übrigen Schuldner und auch der Regreß gegen die von der Haftung ausgenommene Person unberührt bleiben. Der gesetzliche Ausschluß hat dann aber nicht den gewünschten Effekt, weil es auf einem Umweg doch noch zur Haftung kommt. Denkbar ist des weiteren eine Lösung, durch die die Verbindlichkeiten der übrigen Schuldner zwar unverändert

³⁹ § 5.3.3.

⁴⁰ § 5.3.4.

bleiben, sie aber darüberhinaus keinen Regreß gegenüber der nichthaftenden Person ausüben können. Diese letztere bleibt also geschützt, während die finanziellen Folgen der Haftungsbefreiung oder -beschränkung von den restlichen Schuldnern getragen werden. Eine andere Lösung könnte diejenige sein, die darin besteht, die Ansprüche des Gläubigers gegenüber den übrigen Schuldnern zu reduzieren, und zwar im Verhältnis zu der Leistungspflicht des bevorzugten Schuldners im Innenverhältnis.⁴¹ Diese letzte Variante findet meinen Vorzug, weil sie den Gläubiger unmittelbar mit der durch den Ausschluß bezweckten Reduzierung seiner Ansprüche belastet. Es darf angenommen werden, daß eine solche Herabsetzung – außer bei gegenteiligen Hinweisen aus der Gesetzesgeschichte – am meisten mit der Zielsetzung der gesetzlichen Ausschlüsse und Beschränkungen übereinstimmt.⁴²

6 Verfahrensrechtliche Aspekte

Der Gläubiger kann seine gesamtverpflichteten Schuldner unabhängig voneinander verklagen und von jedem von ihnen die Leistung verlangen. Die Rechtskraft erstreckt sich aber nur auf die Prozeßparteien. Der Gläubiger kann folglich die Rechtskraft den nicht verklagten Schuldnern nicht entgegenhalten. Ebenso wenig können diese Schuldner ihrerseits der Entscheidung Einreden entleihen, die sie dem Gläubiger entgegenhalten könnten. Die Rechtskraft erstreckt sich auch nicht auf das Verhältnis zwischen dem beklagten Schuldner und seine nicht verklagten Mitschuldner. Die Rechtskraft ist daher keine Einrede im Sinne von Art. 6:11 BW.⁴³ Jede anderslautende Ansicht, derzufolge gerichtlichen Entscheidungen sehr wohl eine absolute Drittwirkung zuerkannt wird, würde einen unerträglichen Konflikt mit dem fundamentalen prozessualen Grundsatz des Rechtes auf richterliches Gehör hervorrufen.

Wie gesagt, ist es dem Gläubiger erlaubt, nur einen von mehreren Schuldnern zu verklagen. Dem steht nicht entgegen, daß es gleichwohl sinnvoll und effizient sein kann, andere Schuldnern am Verfahren gegen den einen Schuldner zu beteiligen. Geschieht dies nicht, so erstreckt sich die Rechtskraft nicht auf jene anderen Schuldner und kann in einem möglicherweise folgenden Verfahren die Sache eine gänzlich andere Wendung erfahren. Die Folge kann sein, daß der Gläubiger oder der in der ersten Instanz in Anspruch genommene Schuldner widersprüchlichen Urteilen ausgesetzt wird. Es gibt nur eine beschränkte Anzahl prozessualer Instrumente, mit denen die nicht verklagten Schuldner gezwungen

41 Die Komplikationen, die in diesem Zusammenhang bei der gesetzlichen Haftungsbeschränkung entstehen, werden in § 5.4.3 behandelt.

42 § 5.5.

43 Siehe § 6.3.

werden können, am Verfahren teilzunehmen.⁴⁴ Der Richter kann nur gleichzeitig anhängige und zusammenhängende Sachen auf Antrag verbinden (Artt. 158-159 Rv.). Er hat nach heute geltendem Recht wahrscheinlich nicht die Befugnis, selbständig andere Dritte beizuladen.⁴⁵ Der verklagte Schuldner kann einen Zwischenstreit über einen Freistellungsanspruch (*vrijwaring*) betreiben und folglich andere Schuldner in den Prozeß hineinziehen, aber die *vrijwaring* ist, wenn auch mit der Hauptsache verbunden, gleichwohl ein gesondertes Verfahren der Gesamtschuldner untereinander. Die *vrijwaring* führt folglich nicht dazu, daß die Rechtskraft der Hauptsache sich auch auf den Freistellungspflichtigen erstreckt.

Nach geltendem Recht stehen dem eher passiven Richter unter der geltenden Dispositionsmaxime also kaum Befugnisse zu, Dritte am Verfahren zu beteiligen. *De lege ferenda* muß der Richter größere Handlungsmöglichkeiten bei der Erweiterung des Kreises der Prozeßparteien haben, wenn er die Überzeugung gebildet hat, daß es sinnvoll und effizient ist, auch Dritte am Verfahren zu beteiligen, um ein vollständiges und eindeutiges Bild des betroffenen Gesamtschuldverhältnisses zu erhalten und für alle Betroffenen ein übereinstimmendes Urteil zu fällen. Denkbar ist beispielsweise eine Verfahren, in dem der Richter, gegebenenfalls auf Anregung der Parteien, Dritte von Amts wegen am Verfahren als Partei beteiligt. Dabei muß stets abgewogen werden zwischen den Nachteilen, die mit einer Einbeziehung Dritter verbunden sind (wie Verkomplizierung, Verzögerung und höhere Verfahrenskosten) und den Vorteilen (wie eine einheitliche Rechtskraft und der Wegfall der Notwendigkeit eines Folgeverfahrens), und dies jeweils im Lichte eventueller Alternativen (wie dem der Streitverkündung, bzw. dem *vrijwarings*-Verfahren).

Meines Erachtens verdient es ernsthafte Überlegung, bei Gelegenheit der anstehenden Modernisierung des niederländischen Zivilprozeßrechts eine Befugnis des Richters zur Beteiligung weiterer Parteien von Amts wegen einzuführen. Diese Befugnis kann aber nicht auf sich selbst beruhen. Sie kann nur Früchte tragen, wenn sie als Teil einer gesamten Neuorientierung der richterlichen Aufgabe in bürgerlichrechtlichen Mehrparteienverhältnissen bedacht und realisiert wird. Die Weiterführung dieser Überlegungen würde jedoch das Feld dieser Arbeit verlassen.

7 **Schlußbetrachtung**

Die Gesamtschuld ist eine Rechtsfigur, die entsteht, sobald zwei oder mehr Personen zu einer in der Regel identischen Leistung verpflichtet sind. Zu Unrecht wird diese Rechtsfigur gelegentlich auch als ein Vertrag angesehen, durch den jemand für

44 Die freiwillige Anschließung eines Dritten ist freilich möglich, siehe Art. 285 Rv.

45 Siehe ausführlicher in § 6.2.

die Schulden eines anderen eintritt (im Sinne des Schuldbeitritts). Dieser Vertrag führt, genauso wie z.B. der mit ihm verwandte Bürgschaftsvertrag, zu einer Gesamtschuld. Es gibt jedoch noch eine ganze Anzahl von Ursprüngen der Gesamtschuld, die sie alle durch ihren eigenen Charakter prägen. Jene Prägung und nicht die Rechtsfigur der Gesamtschuld bestimmen die Art, auf die interne und externe Rechtsbeziehungen aufeinander einwirken. Die Gesamtschuld ist – mit anderen Worten – als Rechtsfigur ein Chameläon, das sich der Umgebung anpaßt, die durch die spezifischen Rechtsverhältnisse bestimmt wird.

Artikelenregister

(verwezen wordt naar de paginanummers)

Nederland

ANW

60 203

BW

boek 1

85 41, 135
96 27
100 131, 133
102 49-50, 131, 133
122 131

boek 2

29 41
30 27, 61
334t 27
354 24

boek 3

7 58
13 27, 52
14 27
35 56
36 56
41 183
53 184, 186
66 58
72 58
76 58
78 58
166 lid 2 131, 133
218 224
234 27
297 44, 45, 84
300 51
306 98
310 77, 98

boek 6

1 20
2 52, 139, 142, 179, 212
6 12, 40, 43, 44, 45
6 lid 1 21 e.v., 84
6 lid 2 13, 20, 34, 45, 48, 50, 68, 219
7 18, 29
7 lid 1 69
7 lid 2 35, 54, 55, 65, 68, 69, 72, 84
8 62, 66, 139, 146,
150, 176, 177, 179
9 lid 1 57, 58, 139, 171, 172, 193
9 lid 2 62, 66-67
10 12, 13, 20, 45, 80, 94, 95,
96, 98, 99, 100, 101, 102,
103, 106, 112, 131, 137, 138,
147, 153, 158, 163, 164, 170, 172,
180, 184, 186, 192, 203
10 lid 1 107, 145, 152
10 lid 2 145, 146, 149,
151 e.v., 229, 230
10 lid 3 144 e.v., 147, 186
11 26, 146, 166 e.v., 229
11 lid 1 166, 194
11 lid 2 166, 171, 172, 182, 187
11 lid 3 166, 210, 211, 212
11 lid 4 167, 176, 179, 194, 211
12 96, 99 e.v., 137, 203
13 144, 153, 156, 157, 207, 209, 213
14 57, 62, 171, 172, 182,
187, 189, 190, 193, 196
23 169
24 170
25 28, 29, 170
29 52
30 28, 48, 97, 103
34 142, 143
36 142, 143
39 lid 2 28
45 54, 55
52 175
58 70
59 71

Artikelenregister

60	72	200	103
61	71	201	66
63	71	202	186
65	72	203	184
72	70, 71	212	44, 45, 104, 105, 113, 147, 164, 170, 179
73	70		139, 179, 212
74	38, 74, 116, 171, 191	248	77
75	75	253	194, 205, 208, 214
76	75	257	183, 213
81	43, 141, 145	258	175
83	74, 145, 148	262	184
87	40, 43	271	176
96 lid 2	144, 146	279	
98	81, 88, 146		
99	81, 122	<i>boek 7</i>	
101	113, 116, 118, 119, 121, 124, 136, 206, 207	10	117
102 lid 1	19, 33, 40, 41, 42, 43, 44, 45, 75, 79, 88, 95, 113, 116, 118, 119, 124, 126, 136, 152, 159, 161, 173	17	115, 116
102 lid 2	83, 151, 152, 153, 161	23	102, 116
103	40	24 lid 2	199
107a	203	407 lid 2	76
109	136, 206, 207, 214	606	76
110	207	658	202
119	74, 148	661	113, 115, 135, 179, 194, 205
127	50, 178	850	26, 35, 36, 127
129	178, 180	851	58, 183
130	142, 180	852	58, 174, 179, 185, 186, 228
135	79	853	77, 183
136	78	855	26
139	51, 52, 180	856	148
145	181, 197	863	58
152	134, 135	866	127, 128, 130, 158, 229
154	172, 198	867	142, 143
160	55, 57, 58, 189	868	177, 181, 212, 229
162	59, 105, 119, 159	869	134, 135
165	110, 111	900	63
166	81, 109, 111	901	63
170	59, 159, 160, 227	903	64
170 lid 3	111, 115, 119, 135, 136, 159, 179, 194, 205	<i>boek 7A</i>	
171	119, 160	1790	114
172	160	<i>boek 8</i>	
174	119	363	194
179	114	364	194
185	115	365	194
187 lid 2	115	442	41
189	116	461	41
197	137, 138	462	41
198	104, 147, 170	623 lid 5	199

750	208	CSV	
752	208		
758	208	16d	27
		16f	128, 129
		16h	100, 128, 129
NBW (ontwerp)			
6.1.2.5 O.M.	212	Fw.	
6.3.4 lid 1 O.M.	125		
7.17.2.24a	34, 92, 135	53	130
7.17.2.25	137, 138, 158	136	84 e.v.
		160	87
		194	87
		195	87
		260 lid 2	84
BW (oud)			
1303	73		
1316	9, 10, 73	Inv.W.	
1317	26		
1318	11, 14, 18, 21	25	62
1319	8	36	27
1320	8	37	60
1321	8, 73	42	61
1322	8, 73	46	60
1323	8, 173, 226	49	60
1324	8, 77	55	128, 129
1325	8, 53	56	133
1326	8	57	100
1328	107		
1329	34, 91, 92, 107	K.	
1331	129, 131		
1352	59	17	50, 62, 76
1401	17, 24	18	62, 76, 132
1403	17, 227	146 lid 3	158
1416d	15	277	33
1438, 3°	91, 93, 94	284	137, 172, 197, 203
1460	53, 61, 187		
1466	50, 51	Ongevallenwet 1921 (oud)	
1473	8, 77		
1476	8, 53, 56, 57, 129, 187, 188	93	199, 201
1869	29	95	201
1878	158		
1879	142, 173, 176	Postwet	
1976	8		
2020	8, 76	7	204
Code Pénal (oud)			
55	14	WAM	
		9 lid 2	218
		9 lid 3	222
		10 lid 1	77

Artikelenregister

10 lid 4	77	Zw	
13	128-129		
15	128-129	52	203
25	27	52a	203
26	27	52b	204
27	128-129		
WAMil		Duitsland	
8	203	BGB	
WAO		§ 195	98
77 lid 3	135	§ 254	125
89	203	§ 255	31, 32
90	203	§ 328	196
91	203, 204	§ 387	51
		§ 420	21, 38
		§ 421	13, 18, 19, 25, 29, 39, 52
		§ 422	18, 29, 51
WAOT		§ 423	56
3 lid 5	199	§ 424	18, 70
		§ 425	18, 74, 75
WW		§ 426	39, 42, 102, 105, 108, 109
83 lid 2	135	§ 427	18, 22
		§ 633	38
		§ 635	38
		§ 722	132
Wetboek van burgerlijke rechts- vordering		§ 823	105
12a	224	§ 829	136
57	146	§ 830	18
67	217	§ 839	27
68	140	§ 840	18, 19, 32, 110
158	218	BNotO	
159	218	§ 19	27
285	218	GG	
Wet rechtspositie rechterlijke ambtenaren		§ 34	27
42	199	HGB	
Wet op de tele- communicatievoorzieningen (oud)		§ 128	27
12	204	§ 377	116
		§ 378	116
ZfW		InsO	
83a	203	§ 43	86
264			

KO		1206	8, 9
		1207	8, 9
§ 68	86	1208	8
		1209	8
		1210	8
ProdHaftG		1211	8
		1214	91
§ 5	116	1251	91, 93, 94
		1285	8, 56
RVO		1294	51
		1301	8
§ 636	199, 200	1365	8
§ 637	199, 200		
§ 640	200	Code de Procédure Pénale	
SGB X		375-2	14
		480-1	14
§ 116	200		
ZPO		Oostenrijk	
§ 72	220	ABGB	
§ 325	218		
VVG		§ 896	108
§ 59	34, 135		
§ 67	159	Verenigde Staten van Amerika	
Engeland		Illinois Contribution among Joint Tortfeasors Act	
Civil Liability (Contribution) Act 1978		§ 2c	188-189
s. 1	95	Louisiana Civil Code	
s. 1 (3)	210		
s. 1 (4)	65, 163	1794	22
s. 1 (5)	230		
s. 2 (1)	107, 124	Zwitserland	
Frankrijk		OR	
C.C.		50	107
		51	109-110
1202	9	148	108
1203	8	149	108
1204	8		
1205	8		

Verdragen

CISG

38	116
----	-----

CMR

37	133
----	-----

Overige

Communautair Douanewetboek

201	60
202	60
203	60

EESV-Verordening

24 lid 2	27
----------	----

UCP 500 (1993)

9b	26
----	----

Jurisprudentieregister

(verwezen wordt naar de paginanummers)

Nederland

Hoge Raad

10-4-1874, W. 3714 (Visser/Duker)	58, 226, 228
9-12-1898, W. 7216 (Van Kempen/Dijkman c.s.)	21
3-5-1901, W. 7601 (Jansen van Oist/Ariese)	11, 13, 14, 81
11-1-1907, W. 8481 (Van Lith/Van Limburg)	59, 226
18-6-1920, W. 10630 nt. HdJ, WPNR 2667 nt. EMM (Het Genootschap van Nederlandsche Componisten/Metzlar ('Lied der Natuur'))	15, 16, 81
21-12-1923, NJ 1924, 121 (Deen/Perlak Petroleum Maatschappij)	16
6-3-1924, W. 11192 (Hoek/NV Stoomsleepdienst Voorwaarts)	16
17-4-1924, NJ 1924, 722 (De Gier/Dudok van Heel c.s.)	59
24-4-1924, NJ 1924, 714 (Goosen/Jonkers & De Hondt)	73
20-6-1924, NJ 1924, 1107 (Truffino/De Kanter en Westerouen van Meeteren q.q.)	16
30-10-1925, NJ 1926, 157 nt. PS (NV Van Nievelt Goudriaan & Co's Stoomvaartmaat- schappij/Compagnie Auxiliaire de Navigation & Volker (<i>Aldebaran</i>))	15, 16, 81, 92, 107
14-6-1929, NJ 1929, 1483 nt. EMM (Advocaat x/Crediet-, Deposito- en Effectenbank)	58, 87
24-1-1930, NJ 1930, 299 nt. EMM (Vonk/de Overijsselsche Onderlinge)	105, 198
9-1-1931, NJ 1931, 378 nt. EMM (Kolfschoten q.q./slager Heijs)	25, 51, 71
30-1-1931, NJ 1931, 764 nt. EMM (Zuiderweg/Salm q.q.)	61, 64
8-2-1935, NJ 1935, 425 nt. EMM (Geefshuyzen/Van der Meer)	16, 68
30-4-1936, NJ 1936, 970 (Kardorff/Van Haarlem I)	18
25-6-1937, NJ 1937, 1095 (Van Iddekinge en Buwalda q.q. /koopman Triezenberg)	11, 56, 63
9-12-1938, NJ 1939, 714 nt. PS (Baart/Posch e.a.)	219, 220
16-11-1939, NJ 1940, 76 nt. PS (Kardorff/Van Haarlem II)	16, 18
1-12-1939, NJ 1940, 445 nt. EMM (Turfstrooiselfabriek 'Klazienaveen' /Smit en NV Purit Maatschappij)	218, 228, 229
2-1-1942, NJ 1942, 296 (De Bruyn/Utrechtsche Provinciebank)	85
21-11-1946, NJ 1947, 24 (Verduin/Beck)	131
17-12-1954, NJ 1955, 68 nt. LEHR (gelddieven)	16, 64
4-11-1955, NJ 1956, 1 nt. LEHR (The London & Lancashire Insurance Company/Huygen)	16, 24, 81, 92
11-4-1958, NJ 1958, 467 nt. LEHR (Nukoop/Saalfeld)	115
26-6-1959, NJ 1959, 551 nt. LEHR (De Bont/Zuid Ooster Autobusdiensten)	135
18-12-1959, NJ 1960, 121 nt. HB (De Gouw/De Hamer en De Hamer q.q.)	11, 217
15-2-1963, NJ 1964, 423 (Houtappel/Velthuyzen)	218
13-3-1964, NJ 1964, 188 (Los/Auto Financier NV)	83

13-5-1966, NJ 1967, 221 nt. DJV (Schreiner/Heidenreich)	220
13-1-1967, NJ 1967, 60 (Eerste Rotterdamsche/Dijkzeul)	201 e.v.
17-11-1967, NJ 1968, 42 nt. GJS (Pos/Van den Bosch)	40
26-4-1968, NJ 1969, 19 nt. HD (Rietbroek/Alkemade)	11, 217, 219, 227
9-5-1969, NJ 1969, 307 nt. HD (vof Rotterdam-Limburg Beurtvaart c.s. /La Neuchâteloise)	11, 217
5-11-1971, NJ 1972, 37 (Bossink/De Gier)	59, 64
3-12-1971, NJ 1972, 144 nt. GJS (Groningen & Lloyd/Kerssies)	115, 140, 218, 222
5-1-1973, NJ 1973, 106 (Gerwers/Seigers)	218
11-1-1974, NJ 1974, 179 (Van der Velde/AMRO Bank)	83
10-10-1975, NJ 1976, 175 nt. ARB (Van der Kleij/Interpolis)	16, 34, 93, 96, 129, 130
21-1-1977, NJ 1977, 386 (Heijmans/Raaijmakers)	152, 218, 219
11-3-1977, NJ 1978, 98 nt. EAAL	131, 132
4-11-1977, NJ 1978, 146 nt. GJS (G.E.M. Line/Staat)	118
2-12-1977, NJ 1978, 130 (Piek/Schuyffel)	54
15-2-1980, NJ 1980, 327 nt. GJS (NPRC/Atlas en Milchsack)	82
20-11-1981, NJ 1982, 469 nt. CJHB (Zwaal/NMB)	134
20-11-1981, NJ 1982, 174 nt. WHH (Rollman/Varecza en Van Opzeeland)	102, 140
12-2-1982, NJ 1982, 563 nt. FHJM (Waarborgfonds Motorverkeer /AAZ Nutsziekenfonds)	77
3-12-1982, NJ 1983, 400 nt. BW (Nationale Nederlanden/Timmermans)	59, 77
24-12-1982, NJ 1983, 370 (Schoonbrood/Schoonbrood c.s.)	220
7-1-1983, NJ 1984, 607 nt. CJHB (Nieuw Rotterdam NV/Kruk & Goktas)	119
20-5-1983, NJ 1984, 649 nt. FHJM (Bedrijfsvereniging Overheidsdiensten /Brok & Van de Graaf)	203 e.v.
27-1-1984, NJ 1984, 536 nt. G (Verstekeling)	106
4-5-1984, NJ 1984, 670 nt. G (Witjes/Doorduin)	117
12-4-1985, NJ 1985, 867 nt. G (Korstanje I)	33
9-1-1987, NJ 1987, 506 nt. G (Delta Lloyd/Zwolsche Algemeene)	79
12-6-1987, NJ 1988, 39 nt. G/EAAL (Holland/Beek)	59, 77
18-12-1987, NJ 1988, 350 (Franzetti/Suikerunie)	223
3-2-1988, NJ 1988, 703 (Belastingverordening Tilburg)	27, 82
11-3-1988, NJ 1988, 580 nt. G (Bron/Bink)	56
8-4-1988, NJ 1988, 659 (Nederlandse Spoorwegen en Katuin/Franzetti)	223
10-7-1988, NJ 1989, 30 nt. JBMV (Skipool Bay Shipping/Rotterdam (<i>Good Leader</i>))	80
6-10-1989, NJ 1990, 184 nt. PAS	18, 76, 183
3-11-1989, NJ 1990, 699 nt. JBMV (Derksen/Scholten)	135
8-12-1989, NJ 1990, 778 nt. CJHB (Vrieling/Rürode)	127
18-5-1990, NJ 1991, 412 nt. MMM (CLBN/De Maes Janssens)	41, 87
10-6-1990, NJ 1991, 720 nt. CJHB (De Backer/Van Uitregt)	207
26-10-1990, NJ 1991, 39 (Tiel Utrecht/Jansen)	105
28-6-1991, NJ 1992, 787 nt. CHJB (Aannemingsbedrijf Verkerk BV /Van der Veen q.q.)	113, 118, 130
2-10-1991, UTC 1991, 66	27, 60
8-11-1991, NJ 1992, 34 (Brassé c.s./Merckelbagh)	219
13-12-1991, NJ 1992, 316 nt. MMM (Korstanje II)	16, 20, 34, 93, 96, 135
28-2-1992, NJ 1993, 566 nt. CJHB (IZA/Vrerink)	207
24-4-1992, NJ 1992, 461 (Gaschereau e.a./Sunresorts)	218

24-4-1992, NJ 1992, 463 (Heidenreich/Alcredis Bank NV)	28
24-4-1992, NJ 1993, 643 nt. CJHB (Van Wijngaarden/Staat)	106
22-5-1992, NJ 1992, 512 (Oorthuizen/Huige en Staat)	218, 220
25-9-1992, NJ 1994, 767 (Staat/Rotterdam)	111
9-10-1992, NJ 1994, 535 nt. CJHB (Des-dochters)	81, 152, 155
18-12-1992, NJ 1993, 169 (Kin/Emmerig q.q.)	54
18-12-1992, NJ 1993, 734 nt. PvS (Harko BV/Groen-Kelderman q.q.)	118, 129, 130
26-3-1993, NJ 1993, 489 nt. PAS (Clarijs/Van Goethem)	219, 220
25-6-1993, NJ 1994, 31 nt. WMK	131
18-2-1994, NJ 1994, 463 nt. WMK (A./Erven V.)	94, 132
29-4-1994, NJ 1997, 396 nt. MS (Gemeenschappelijke Eigendom/Den Haag)	121
30-9-1994, NJ 1996, 196 nt. CJHB (Staat/Shell)	106
14-10-1994, NJ 1995, 564 nt. WMK (Verdegaal & Zonen c.s./Warmerdam c.s.)	224
21-4-1995, NJ 1997, 570 nt. CJHB (Fysiotherapeutisch Instituut Schmitz BV /Caspers)	113, 135
2-6-1995, NJ 1997, 700-702 nt. CJHB (Klaverblad/IZA etc.)	118, 120, 126, 127
29-12-1995, NJ 1996, 332 (Franzetti/Suikerunie II)	106, 140, 162, 223
15-3-1996, NJ 1996, 435 (SA Ateliers Belges Réunis/Kuyt)	67 e.v.
12-4-1996, NJ 1996, 437 (De Jong/Schrama)	224
19-4-1996, NJ 1997, 24 nt. MMM (Delta Lloyd/Interlloyd)	64, 66, 104
28-6-1996, NJ 1997, 102 nt. J.W. Zwemmer (Van Maarseveen c.s. /Ontvanger)	43 e.v., 104
22-11-1996, NJ 1998, 567 nt. CJHB (Bos/Erven Althuisius)	114
2-5-1997, NJ 1997, 663 nt. Ma (Kip en Sloetjes/Boerenleenbank Winterswijk)	9, 17, 218
23-1-1998, RvdW 1998, 30 (Jans/Fiat Credit Nederland)	183, 187, 223
6-2-1998, NJ 1998, 350 (Paulissen/Tilburg en Brabocon)	213
27-2-1998, NJ 1998, 764 nt. MMM (Europeesche Verzekering Maatschappij/OHRA Ziektekostenverzekering)	33
25-9-1998, NJ 1998, 892 (Haefner/ABN-Amro Bank)	36, 218, 229
20-11-1998, RvdW 1998, 218 (Verkerk Varkenshandel/Tiethoff q.q.)	54

Gerechtshoven

Amsterdam

26-10-1984, VR 1986, 14	122
19-6-1997, NJ 1997, 673 (kostenverhaal Bobel-enquête)	24

Arnhem

2-11-1938, NJ 1939, 351 (NV Zwartsluizer Bank/Wijtzes)	58
8-1-1964, NJ 1964, 333 (Mucami/Centrale Werkgevers Risico Bank)	201

's-Gravenhage

4-1-1918, W. 10270 (Staat Rumenië/NV Maatschappij s.s. 'Josephina')	80, 109, 118
31-12-1971, NJ 1972, 160 (Feldhoff/De Stad Rotterdam anno 1720)	121
18-1-1994, NJ 1995, 241 (Friesch-Groningse Hypotheekbank NV/Stemmerich)	76
5-9-1994, VR 1995, 9 nt. HAB (Reptax/Diemen)	121

's-Hertogenbosch

27-10-1982, NJ 1983, 555 (Coolegem/Emmerig q.q.)	141
17-11-1992, VR 1993, 113 (Nationale Nederlanden/Sjoukes)	118, 122
17-11-1993, NJ 1994, 493 (Quickprime Finance Ltd/Limbutex BV)	59, 218
3-10-1994, NJ 1995, 357 (Klaassen/Staat)	29
26-6-1995, NJ 1997, 239	81
11-3-1997, NJ 1997, 695	220

Leeuwarden

2-1-1935, NJ 1935, 1382 (Eleveld/Leeuwerke e.a.)	51
--	----

Arrondissementsrechtbanken

Amsterdam

18-12-1945, NJ 1946, 757 (S/v.d. S.)	58
--------------------------------------	----

Appingedam

20-3-1862, W. 2519 (Fongers en Venhuizen/Burgemeester van Uilhuizen)	16
--	----

Arnhem

9-2-1956, VR 1958, 113 nt. R (Zürich/Van de Kraats)	140
8-1-1998, JOR 1998, 99 nt. E. Loesberg (American Express/Rauwendaal)	83

Assen

18-1-1955, NJ 1955, 485 (Huygen/The London & Lancashire Insurance Company)	16
--	----

Groningen

14-12-1934, NJ 1935, 93 (Curatoren Gron. Disconto Bank/Triezenberg)	56
12-5-1995, VN 1995, p. 2943	27, 82

Haarlem

19-3-1985, VR 1986, 127 106

Rotterdam

27-12-1915, NJ 1917, 283 (Staat Rumenië/NV Maatschappij s.s. 'Josephina') 80
 30-6-1961, NJ 1961, 533 (NV Arnhemse Verzekering Mij/Christelijke
 Volksonderwijsschool) 118, 140
 10-5-1977, VR 1978, 20 80
 16-6-1989, TMA 1991, p. 45 (Staat/Van 't Wout, Van der Knaap, Voogt) 140

Utrecht

21-10-1960, VR 1964, 144 nt. R (Verwey/Visser) 140

Kantongerechten

's-Hertogenbosch

9-8-1984, VR 1986, 96 (Ziekenfonds Midden-Brabant/Interpolis) 203

Leiden

9-1-1985, VR 1985, p. 421 80, 114

Centrale Raad van Beroep

26-2-1992, RSV 1993, 82 27, 60, 82
 10-2-1993, VN 1993, p. 1560 27, 60
 5-4-1993, RSV 1994, 37 27, 82, 217, 221
 27-7-1994, VN 1994, p. 3358 27, 82
 13-11-1995, RSV 1996, 128 27
 27-3-1997, AB 1997, 212 nt. HBr. 27
 14-8-1998, AB 1998, 399 nt. HBr. 27

Tariefcommissie

1-2-1993, UTC 1993, 34 60
 1-2-1993, UTC 1993, 36 60
 22-11-1993, UTC 1994, 13 60
 7-12-1994, UTC 1995, 7 27, 60
 14-12-1994, UTC 1995, 19 60

Bindend advies

12-12-1994, VR 1995, 186 (Bouman) 120

Benelux Gerechtshof

20-10-1989, NJ 1990, 660 nt. CHJB (ZVA/Van Asselt) 77

21-12-1990, NJ 1991, 319 (Landsbond der Christelijke Mutualiteiten/Dedeyne c.s.) 77

Duitsland

Reichsgericht

RG 24-11-1902, RGZ 53, 114 19, 110
RG 27-6-1904, RGZ 58, 335 110
RG 29-5-1905, RGZ 61, 56 30, 31, 108, 140
RG 22-11-1907, RGZ 67, 128 30
RG 16-11-1908, RGZ 69, 422 97, 98, 100, 218
RG 17-3-1909, RGZ 70, 405 30, 110
RG 22-12-1910, RGZ 75, 251 108, 119, 124
RG 25-11-1911, RGZ 77, 317 19, 30, 100, 102, 108
RG 26-4-1912, RGZ 79, 288 108, 140
RG 27-2-1913, RGZ 81, 414 134
RG 26-4-1913, RGZ 82, 206 31
RG 12-7-1913, RGZ 82, 436 30
RG 30-4-1914, RGZ 84, 415 19, 30, 99, 108, 124, 200
RG 7-6-1915, RGZ 87, 64 158
RG 21-2-1916, RGZ 88, 122 108, 114
RG 24-1-1918, RGZ 92, 143 31, 218
RG 18-4-1918, RGZ 92, 401 30
RG 4-4-1927, RGZ 117, 1 149
RG 12-12-1931, RGZ 134, 293 200
RG 23-4-1932, RGZ 136, 276 158, 159
RG 29-11-1934, RGZ 146, 97 97, 98, 218
RG 7-11-1935, RGZ 149, 182 30
RG 6-12-1935, RGZ 149, 365 30
RG 20-7-1936, RGZ 152, 46 200
RG 4-1-1937, RGZ 153, 38 200
RG 17-12-1938, RGZ 159, 86 108, 124

Bundesgerichtshof

BGH 18-10-1951, NJW 1952, p. 217 75

BGH 16-11-1951, BGHZ 3, 385 228

BGH 8-2-1952, NJW 1952, p. 538	119
BGH 24-4-1952, BGHZ 6, 3	19, 30, 99, 124, 159
BGH 21-11-1953, BGHZ 11, 170	97, 98, 140
BGH 20-1-1954, BGHZ 12, 124	119, 126
BGH 3-2-1954, BGHZ 12, 213	30, 152, 192, 208
BGH 17-3-1954, BGHZ 13, 28	159
BGH 10-1-1955, BGHZ 16, 111	121, 136
BGH 13-5-1955, BGHZ 17, 214	80, 100, 102, 158
BGH 18-5-1955, VersR 1955, 627	124, 126
BGH 23-11-1955, BGHZ 19, 114	19, 30, 200
BGH 17-12-1955, VersR 1956, 160	119, 124
BGH 8-5-1956, VersR 1956, 430	97
BGH 17-5-1956, BGHZ 20, 371	97, 100, 105
BGH 29-10-1956, BGHZ 22, 109	196
BGH 9-11-1956, BGHZ 22, 136	159
BGH 21-2-1957, BGHZ 23, 361	97, 140, 149
BGH 18-10-1957, VersR 1957, p. 800	103, 124, 126
BGH 22-10-1957, NJW 1958, p. 497 m. nt. H. Lange	140
BGH 3-11-1958, BGHZ 28, 297	108
BGH 16-6-1959, BGHZ 30, 203	152, 208
BGH 4-4-1960, BGHZ 32, 149	209
BGH 27-6-1961, BGHZ 35, 317	78, 98, 140, 192
BGH 7-12-1961, NJW 1962, 388	115, 140, 190, 196
BGH 2-7-1962, BGHZ 37, 299	27, 132
BGH 4-7-1963, NJW 1963, 2067	80, 103, 106, 108, 109, 124
BGH 11-2-1964, BGHZ 41, 79	159
BGH 27-2-1964, BGHZ 41, 203	140, 208
BGH 15-6-1964, BGHZ 42, 53	99
BGH 9-7-1964, VersR 1964, 1048	39
BGH 14-7-1964, NJW 1964, 1898	38, 106, 209
BGH 1-2-1965, BGHZ 43, 227	19, 30, 38, 39, 119, 121, 124
BGH 13-4-1965, NJW 1965, 1595	106
BGH 26-4-1966, NJW 1966, 1262	103, 106, 160
BGH 10-10-1966, MDR 1967, p. 111	19, 158
BGH 10-1-1967, NJW 1967, 982	200
BGH 22-2-1967, BGHZ 47, 147	108, 117, 132
BGH 23-2-1967, BGHZ 47, 110	125
BGH 7-2-1968, BGHZ 49, 278	77, 196
BGH 29-10-1968, BGHZ 51, 37	200
BGH 19-12-1968, BGHZ 51, 275	30, 38
BGH 22-1-1969, NJW 1969, p. 796	85
BGH 27-3-1969, BGHZ 52, 39	19, 30, 31
BGH 4-6-1969, VersR 1969, p. 830	75
BGH 22-9-1969, VersR 1969, 1039	218
BGH 24-11-1969, NJW 1970, p. 279	228
BGH 14-7-1970, BGHZ 54, 256	159
BGH 9-6-1970, BGHZ 54, 177	80, 200
BGH 7-7-1970, DB 1970, 1682	159

BGH 14-7-1970, BGHZ 54, 256	125, 126, 159
BGH 29-9-1970, BGHZ 54, 283	160
BGH 10-11-1970, BGHZ 55, 11	200
BGH 16-2-1971, NJW 1971, 752	109, 121
BGH 22-2-1971, BGHZ 55, 344	136, 196
BGH 8-12-1971, NJW 1972, p. 440	121, 136
BGH 9-3-1972, BGHZ 58, 216	98, 109, 191, 192
BGH 2-5-1972, BGHZ 58, 355	200, 201
BGH 29-6-1972, BGHZ 59, 97	19, 31, 32
BGH 30-1-1973, BGHZ 60, 177	120
BGH 12-6-1973, BGHZ 61, 51	199, 200, 201
BGH 11-7-1973, BB 1973, p. 1326	114, 117
BGH 18-9-1973, BGHZ 61, 213	160, 162
BGH 29-10-1975, BGHZ 65, 226	75
BGH 31-1-1978, BGHZ 70, 277	125
BGH 18-4-1978, JZ 1978, p. 522	106, 162
BGH 7-11-1978, BGHZ 72, 355	159
BGH 26-11-1979, VersR 1980, p. 572	196
BGH 18-12-1979, BGHZ 76, 279	136
BGH 24-3-1980, BGHZ 77, 55	108, 132
BGH 22-4-1980, NJW 1980, 2348	121, 124
BGH 20-10-1980, NJW 1981, p. 1095	27
BGH 30-10-1980, NJW 1981, 681	97, 98
BGH 5-3-1981, NJW 1981, 1666	140
BGH 27-3-1981, BGHZ 80, 228	102
BGH 12-7-1982, BGHZ 84, 388	132
BGH 5-10-1982, NJW 1983, 623	160, 162
BGH 26-11-1982, BGHZ 85, 375	19, 30
BGH 17-5-1983, BGHZ 87, 265, NJW 1983, p. 1845	108, 132
BGH 14-7-1983, BGHZ 88, 185, NJW 1983, p. 2442	108, 133, 192
BGH 21-9-1983, JZ 1984, p. 230	31, 32, 80, 124
BGH 3-11-1983, FamRZ 1984, p. 29	135
BGH 10-11-1983, NJW 1984, 482	108, 132, 133
BGH 6-12-1983, NJW 1984, 921	109, 125
BGH 23-4-1985, BGHZ 94, 173	200
BGH 4-7-1985, BGHZ 51, 275	39
BGH 7-11-1985, NJW 1986, 978	132, 140
BGH 19-12-1985, NJW 1986, 1097	149
BGH 15-5-1986, NJW 1986, p. 3131	97, 140
BGH 23-10-1986, NJW 1987, 374	97, 132, 134, 140
BGH 17-2-1987, NJW 1987, 2669	200, 206
BGH 27-5-1987, NJW 1987, 2810	19, 30
BGH 15-1-1988, BGHZ 103, 72	100, 117
BGH 26-1-1989, BGHZ 106, 313	31
BGH 27-2-1989, NJW 1989, 2386	192
BGH 29-6-1989, BGHZ 108, 179	30, 32, 38
BGH 23-1-1990, BGHZ 110, 114	200, 206
BGH 24-4-1990, NJW 1992, 41	19

BGH 20-9-1990, NJW 1991, 97	99
BGH 29-11-1990, BB 1991, 626	115
BGH 11-6-1992, NJW 1992, 2286	56, 97, 98, 108, 109, 187, 192
BGH 12-6-1992, NJW 1992, p. 2817	19, 32
BGH 24-9-1992, NJW 1992, p. 3228	32
BGH 22-10-1992, BGHZ 120, 50	27, 39, 108
BGH 21-12-1993, VersR 1994, p. 477	136
BGH 28-4-1994, BauR 1994, p. 621	97
BGH 1-12-1994, BauR 1995, p. 231	38
BGH 13-12-1994, VersR 1995, 427	162, 196
BGH 22-6-1995, BB 1995, p. 1871	27

Oberlandesgerichte

OLG Bremen 23-2-1988, BauR 1988, p. 744	109
OLG Düsseldorf 21-7-1992, VersR 1993, 1496	120
OLG Düsseldorf 11-11-1994, NJW 1995, 2565	19, 30
OLG Hamm 16-6-1994, NZV 1995, 276	56
OLG Keulen 17-12-1993, VersR 1994, 991	191
OLG Saarbrücken 21-5-1969, OLGZ 1970, 9	125

Bundesarbeitsgericht

BAG 24-4-1986, NJW 1986, 3104	80
BAG-GS 27-9-1994, NJW 1995, 210	124, 136

Overige gerechten

GmS-OGB 21-9-1993, NJW 1994, 856	124
KG 27-11-1973, NJW 1974, 1560	132
LG Regensburg 4-5-1993, TranspR 1993, p. 291	149

België

Hof van Cassatie

2-4-1936, Pas. 1936, I, 209	16
15-2-1974, RW 1973-1974, kol. 1715	13
18-1-1979, RCJB 1980, p. 241	122
22-10-1993, RW 1995, p. 40	30

Engeland

Court of Appeal

Maxfield v. Llewellyn, [1961] 1 WLR 1119	154
Friends' Provident Life Office v. Hillier Parker May & Rowden, [1996] 2 WLR 123	95

Trefwoordenregister

(verwezen wordt naar de paginanummers)

Aansprakelijkheid	
- limitering van aansprakelijkheid; <i>zie</i> : limitering van aansprakelijkheid	
- uitsluiting van aansprakelijkheid; <i>zie</i> : uitsluiting van aansprakelijkheid	
- verlicht aansprakelijkheidsregime	114
aansprakelijkheidsverzekering	92
- WAM-verzekering; <i>zie</i> : WAM-verzekering	
aanspreekvolgorde; <i>zie</i> : keuzerecht van de crediteur	
accessoriteit; <i>zie</i> : afhankelijkheid	
accreditief	26, 37
afbetalingsafpraak; <i>zie</i> : betalingsafpraak, nadere	
afhankelijkheid	36, 58, 62, 174, 183
afstand	
- gevolgen voor de interne rechtsverhouding	187 e.v.
- gevolgen voor de resterende verbintenissen	61 e.v., 187 e.v.
- kwijtschelding	55 e.v., 63 e.v., 187 e.v.
- schuldvernieuwing	53 e.v., 61 e.v., 69, 187 e.v.
- vertegenwoordiging bij afstand	57 e.v., 66
algemene beginselen van behoorlijk bestuur	27, 82
Bankgarantie; <i>zie</i>: garantie	
<i>beneficium cedendarum</i>	90
<i>beneficium excussionis</i> ; <i>zie</i> : keuzerecht van de crediteur	
betaling	
- bevrijdende karakter van betaling voor mededebiteuren	16, 29 e.v., 44, 48 e.v., 64-65, 165
- deelbetaling (<i>zie ook</i> : deelbetaling, draagplicht bij)	52-53, 149
- door een derde	48-49
betalingsafpraak, nadere	63 e.v.
betalingsuitstel; <i>zie</i> : uitstel van betaling	
Betriebsgefahr; <i>zie</i> : veroorzaking	
bewaarneming	15, 76
billijkheidscorrectie	124 e.v.
- mate van verwijtbaarheid	125
- verhouding tot (de mate van) veroorzaking	124 e.v.
borgtocht	35 e.v., 52, 223
- afhankelijkheid; <i>zie</i> : afhankelijkheid	
- draagplicht van de borg	127, 133 e.v.
- mededelingsplicht van de borg; <i>zie</i> : mededelingsplicht	
- plicht tot cessie van de restitutievordering	142-143
- regres van de borg	158
- verweermiddel; <i>zie</i> : derdenwerking	
bijdragen, recht op; <i>zie</i> : regresrecht	

Trefwoordenregister

Causaliteit (<i>zie ook: conditio sine qua non</i> en veroorzaking)	119 e.v.
causale verdeling; <i>zie: veroorzaking</i>	
cessie	90
- cessieconstructie	70, 79-80, 101
- koop van de vordering; <i>zie: koop van de vordering</i>	
circuit d'actions	194-195
concernmaatschappijen	133
<i>conditio sine qua non</i> (<i>zie ook: causaliteit en veroorzaking</i>)	122, 123
correaliteit	5
crediteursverzuim	70 e.v.
Dading ; <i>zie: vaststellingsovereenkomst</i>	
deelbare prestatie	15, 93
deeltbetaling; <i>zie: betaling</i>	
deeltbetaling, draagplicht bij	149 e.v.
deelname, gedwongen; <i>zie: oproepingsbevoegdheid, rechterlijke</i>	
deelschuld	15, 25
- deelschuldpresumptie	21 e.v.
derdenwerking (<i>zie ook: verweermiddel</i>)	
- vertegenwoordiging bij afstand; <i>zie: afstand</i>	
- van exonerationen (<i>zie ook: verweermiddel</i>)	193-194
- van het gewijsde; <i>zie: gezag van gewijsde</i>	
- van kwijtschelding	55 e.v., 187 e.v.
- van schuldvernieuwing	187 e.v.
- van verjaring	166, 210 e.v.
- verweermiddel; <i>zie: verweermiddel</i>	
DES-arrest (<i>zie ook: marktaandeel</i>)	155
dienstbetoon	114-115
draagkracht; <i>zie: interne rechtsverhouding</i>	
draagplicht; <i>zie: interne rechtsverhouding</i>	
Eadem causa-leer ; <i>zie: samenloop</i>	
eigen schuld (<i>zie ook: billijkheidscorrectie en veroorzaking</i>)	152-153, 206
Einzelabwägung; <i>zie: interne rechtsverhouding</i>	
een zelfde schuld; <i>zie: prestatie, identieke</i>	
<i>erga omnes</i> , werking; <i>zie: derdenwerking</i>	
<i>exceptio plurium litis consortium</i>	219-220
exoneration; <i>zie: uitsluiting van aansprakelijkheid</i>	
exoneration, derdenwerking van; <i>zie: derdenwerking</i>	
Faillissement (van een debiteur)	
- gevolgen voor de crediteur	84 e.v.
- gevolgen voor de mededebiteur(en)	80 e.v.
- faillissementsakkoord	87-88
familielid	138, 159
Garantie	35 e.v.
gehuwden	49-50, 131-132, 138
- draagplicht van gehuwden	131-132
geldleenconstructie	67 e.v.
gelijke delen, draagplicht naar -; <i>zie: interne rechtsverhouding</i>	
Gesamtchau; <i>zie: interne rechtsverhouding</i>	

Gesamtschuld	7, 18
gevaarverhogingsbijdrage; <i>zie</i> : veroorzaking	
gezag van gewijsde	217-218, 223, 229 e.v.
- derdenwerking van het gewijsde	8, 16-17, 163
- het gewijsde als gemeen verweermiddel tegen de crediteur	225 e.v.
- reflexwerking van het gewijsde	226-227, 228-229
gezinslid; <i>zie</i> : familielid	
Gleichstufigheid	31-32, 42
Haftungseinheit; <i>zie</i>: interne rechtsverhouding	
hoofdelijke regresplicht; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
hoofdelijkheidsverklaring; <i>zie</i> : sterk maken voor, zich	
hoor en wederhoor	218
hulpersoon; <i>zie</i> : tekortkoming	
huwelijksgemeenschap; <i>zie</i> : gehuwden	
Identieke prestatie; <i>zie</i>: prestatie, identieke	
inbetalinggeving	53 e.v.
indemnity	95, 111
inningsgemak	26, 8, 221
insolventie(risico)	16, 80 e.v., 156, 179, 185
interne rechtsverhouding	89 e.v.
- afstand, gevolgen van - voor de interne rechtsverhouding; <i>zie</i> : afstand	
- derdenwerking; <i>zie</i> : derdenwerking	
- draagkracht (<i>zie ook</i> : -draagplicht)	135 e.v.
- draagplicht	107 e.v.
- absolute draagplicht; <i>zie</i> : -interne draagplicht	
- bij borgtocht; <i>zie</i> : borgtocht	
- bij deelbetaling; <i>zie</i> : deelbetaling, draagplicht bij	
- bij medeaansprakelijkheid; <i>zie</i> : billijkheidscorrectie en veroorzaking	
- Einzelabwägung; <i>zie</i> : -onderlinge draagplicht	
- Gesamtschau; <i>zie</i> : -interne draagplicht	
- hoofdelijke regresplicht; <i>zie</i> : -hoofdelijke regresplicht	
- interne draagplicht	151 e.v., 229 e.v.
- naar draagkracht	135 e.v.
- naar gelijke delen	107 e.v.
- naar de mate van profijt	130 e.v.
- naar de mate van risico; <i>zie</i> : risico, draagplicht naar mate van	
- naar de mate van verrijking; <i>zie</i> : verrijking	
- naar de mate van verwijtbaarheid; <i>zie</i> : billijkheidscorrectie en veroorzaking	
- onderlinge draagplicht	151 e.v., 229 e.v.
- relatieve draagplicht; <i>zie</i> : -onderlinge draagplicht	
- terzake van sociale premies; <i>zie</i> : sociale premies	
- van gehuwden; <i>zie</i> : gehuwden	
- van de producent; <i>zie</i> : productaansprakelijkheid	
- van de risicoaansprakelijke; <i>zie</i> : risicoaansprakelijkheid, draagplicht bij	
- van de toezichthouder; <i>zie</i> : toezichthouder	
- van de werkgever; <i>zie</i> : werkgever	
- van de werknemer; <i>zie</i> : werknemer	
- van overheidslichamen; <i>zie</i> : overheidslichamen	
- vaste verdeelsleutels	109 e.v.

- Einzelabwägung; <i>zie</i> : -draagplicht	
- Gesamtschau; <i>zie</i> : -draagplicht	
- Haftungseinheit; <i>zie</i> : -regreseenheid	
- hoofdelijke regresplicht	152, 157 e.v.
- kosten, bijdrage in	144, 145, 146 e.v.
- mededelingsplicht; <i>zie</i> : mededelingsplicht	
- omslag; <i>zie</i> : omslag	
- ongerechtvaardigde verrijking; <i>zie</i> : ongerechtvaardigde verrijking	
- onrechtmatige daad; <i>zie</i> : onrechtmatige daad	
- proceskosten, bijdrage in; <i>zie</i> : -kosten, bijdrage in	
- procesrechtelijke complicaties	229 e.v.
- redelijkheid en billijkheid	139 e.v., 179, 185
- regres, onmogelijkheid van; <i>zie</i> : omslag	
- regreseenheid	157 e.v.
- regresrecht (<i>zie ook</i> : -draagplicht)	89 e.v.
- bij ondeelbare prestaties	39
- bij toevallig samenlopende verbintenissen	16, 20, 92
- bronnen van regres; <i>zie</i> : lastgeving, maatschap, ongerechtvaardigde verrijking, onrechtmatige daad, onverschuldigde betaling, overeenkomst, subrogatie, zaakwaarneming	
- hoofdelijke regresplicht; <i>zie</i> : -hoofdelijke regresplicht	
- ontstaansmoment	97-98
- rechtskarakter van het regresrecht	90 e.v., 98, 130
- regreseenheid; <i>zie</i> : -regreseenheid	
- van de pseudodebiteur; <i>zie</i> : pseudodebiteur, regres van de	
- van schadeverzekeraar; <i>zie</i> : schadeverzekering	
- van WAM-verzekeraar; <i>zie</i> : WAM-verzekering	
- verjaring van het regresrecht; <i>zie</i> : verjaring	
- rente, wettelijke; <i>zie</i> : rente, wettelijke	
- vertegenwoordiging; <i>zie</i> : vertegenwoordiging	
- verweermiddelen; <i>zie</i> : verweermiddelen	
- zaakwaarneming; <i>zie</i> : zaakwaarneming	
Koop van de vordering	90
koopovereenkomst	102, 115 e.v.
- als bron van regres	115 e.v.
- risico-overgang	116-117
kosten, bijdrage in; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
keuzerecht van de crediteur	25 e.v., 37, 59-60, 130
kwijtschelding; <i>zie</i> : afstand	
Lastgeving	90
lastgevingstheorieën; <i>zie</i> : vertegenwoordiging	
limitering van aansprakelijkheid	207 e.v.
<i>litis contestatio</i>	6
lotsverbondenheid	6, 15, 47, 73-74, 183
Maatschap	117, 132-133
- als bron van regres (<i>zie ook</i> : profijt)	90
marktaandeel	155
matiging	136, 206-207, 213-214

medeaansprakelijkheid	14, 17, 19
- regres bij - (<i>zie ook</i> : billijkheidscorrectie en veroorzaking)	118 e.v.
mededaderschap; <i>zie</i> : medeaansprakelijkheid	
mededelingsplicht	
- terzake van verweermiddel; <i>zie</i> : verweermiddel	
- van de borg jegens de hoofdschuldenaar	142-143
- van de crediteur jegens een van de debiteuren	83
- van hoofdelijke debiteuren onderling	141 e.v., 186-187
medeveroorzaking; <i>zie</i> : causaliteit en medeaansprakelijkheid	
meerpactijencontract	181, 184
misbruik van recht	27
Nevenrechten; <i>zie</i> : subrogatie	
Obligation solidaire (solidarité)	9, 218
obligation in solidum	9
omslag	157
onbekendheid	58, 88, 141, 156
ondeelbaarheid	18
ondeelbaarheid, processuele; <i>zie</i> : <i>exceptio plurium litis consortium</i>	
ongelijke verbintenissen; <i>zie</i> : samenloop	
ongerechtvaardigde verrijking	96, 231
- als bron van regres	45, 104, 105, 164
onmogelijkheid van regres; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
onrechtmatige daad	
- als bron van regres	105-106
ontbinding	167-168, 182 e.v.
ontbreken van hoofdelijkheid, regres bij het; <i>zie</i> : pseudodebiteur, regres van de	
ontslag uit hoofdelijkheid	52-53
onvermogen(, risico van); <i>zie</i> : insolventie(risico)	
onverschuldigde betaling	142-143, 170, 178-179
onvindbaarheid	88, 156
onvoorziene omstandigheden	184
oproepingsbevoegdheid, rechterlijke	220 e.v.
opschorting (<i>zie ook</i> : verweermiddel)	143, 175 e.v.
overeenkomst	
- aard van de overeenkomst (<i>zie ook</i> : koopovereenkomst)	113 e.v.
- als bron van regres (<i>zie ook</i> : koopovereenkomst)	101 e.v., 113 e.v.
- meerpactijencontract; <i>zie</i> : meerpactijencontract	
overheidslichamen	111
Pandektisten	6
pluraliteitsleer	5, 10 e.v., 217
premies, sociale; <i>zie</i> : sociale premies	
prestatie, identieke	13, 17, 22-23, 46
proceskosten, bijdrage in; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
productaansprakelijkheid	115-116
profijt, draagplicht naar mate van (<i>zie ook</i> : gehuwden, interne rechtsverhouding, maatschap)	117, 130 e.v.
pseudodebiteur, regres van de	147, 162 e.v., 185

Recht op bijdragen; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
rechtsopvolging	78
redelijkheid en billijkheid	
- als bron van regres	92
- als verweermiddel; <i>zie</i> : verweermiddel	
- tussen debiteuren onderling; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
- tussen crediteur en debiteur(en)	52, 82-83
regres, onmogelijkheid van; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
regres van de pseudodebiteur; <i>zie</i> : pseudodebiteur, regres van de	
regresrecht; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
rente, wettelijke	148
risico, draagplicht naar mate van	133 e.v.
risicoaansprakelijkheid, draagplicht bij	118-119
risico-overgang; <i>zie</i> : koopovereenkomst	
Samenloop	
- <i>eadem causa</i> -leer	30, 41
- met een verbintenis onder tijdsbepaling	28, 37, 168 e.v.
- met een voorwaardelijke verbintenis	28, 168 e.v.
- toevallig samenlopende verbintenissen	13 e.v., 18, 81, 144
- van (aansprakelijkheids)verzekeringen	17, 33 e.v., 135
- van identieke verbintenissen met verschillende rechtsgrond	41 e.v.
- van inhoudelijk verschillende verbintenissen	38 e.v.
- van verbintenissen	19
- van verbintenissen tot betaling van ongelijke geldsommen	49-50
schadevergoeding	73, 143, 145 e.v.
- vervangende schadevergoeding	43
schadeverzekering	
- regresrecht van de schadeverzekeraar	33 e.v., 92-93, 112, 135, 137-138, 158-159
- samenloop met verbintenis tot schadevergoeding	15, 42 e.v., 137-138
- samenloop van (aansprakelijkheids)verzekeringen; <i>zie</i> : samenloop	
schikking; <i>zie</i> : vaststellingsovereenkomst	
schuld, een zelfde; <i>zie</i> : prestatie, identieke	
schuld, eigen; <i>zie</i> : eigen schuld	
schuldvernieuwing; <i>zie</i> : afstand	
Schuldbeitritt; <i>zie</i> : sterk maken voor, zich	
sociale premies	82
-draagplicht terzake van sociale premies	117-118
solidariteit	5
sterk maken voor, zich	36, 128, 211-212
stuiting; <i>zie</i> : verjaring	
subrogatie	
- als bron van regres	91 e.v.
- <i>beneficium cedendarum</i> ; <i>zie</i> : <i>beneficium cedendarum</i>	
- koop van de vordering; <i>zie</i> : koop van de vordering	
- nevenrechten	99, 100
- schadeplichtigheid bij onmogelijkheid subrogatie	172, 198
- regresrecht van de schadeverzekeraar; <i>zie</i> : schadeverzekering	
- regresversterkende subrogatie	96, 99 e.v.
- verweermiddel (<i>zie ook</i> : verweermiddel)	94, 99, 172, 181, 197-198
subsidiariteit; <i>zie</i> : keuzerecht van de crediteur	

Tekortkoming	73 e.v.
- toerekenbaarheid	74 e.v.
- hulppersoon	75-76
terugwerkende kracht; <i>zie</i> : vernietiging	
Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten	137-138
tijdsbepaling, samenloop met een verbintenis onder; <i>zie</i> : samenloop	
toetreden tot eens anders schuld; <i>zie</i> : sterk maken voor, zich	
toerekening; <i>zie</i> : tekortkoming	
toevallig samenlopende verbintenissen; <i>zie</i> : samenloop	
toezichthouder, draagplicht van de	110-111
tussenkost, gedwongen; <i>zie</i> : oproepingsbevoegdheid, rechterlijke	
Uitleg	22-23, 24, 183
uitsluiting van aansprakelijkheid	
- contractuele uitsluiting van aansprakelijkheid	113-114, 191 e.v.
- wettelijke uitsluiting van aansprakelijkheid	199 e.v.
uitstel van betaling	66-67
uniteitsleer	5, 8, 10 e.v.
Vaststellingsovereenkomst (<i>zie ook</i> : afstand)	16, 63 e.v., 163
- gevolgen voor de interne rechtsverhouding	163
verdeelsleutels, vaste; <i>zie</i> : interne rechtsverhouding	
verhaalscirkel; <i>zie</i> : circuit d'actions	
Verhaalsrechten, Tijdelijke Regeling; <i>zie</i> : Tijdelijke Regeling Verhaalsrechten	
verjaring	17, 76 e.v., 102
- stuiting	76
- van het regresrecht	97, 98
- als verweermiddel; <i>zie</i> : derdenwerking	
vermenging	17, 77 e.v.
vernietiging	167-168, 182 e.v., 223
- terugwerkende kracht van vernietiging	184, 186
veroorzaking (<i>zie ook</i> : causaliteit en <i>conditio sine qua non</i>)	
- gevaarverhogingsbijdrage	119-120
- mate van veroorzaking als verdelingsmaatstaf	118 e.v.
- middellijke en onmiddellijke veroorzaking	121-122
- verhouding tot de billijkheidscorrectie; <i>zie</i> : billijkheidscorrectie	
verrekening	17
- als wijze van betaling	25, 50-52
- verplichting tot verrekening	51
- na vermenging	77 e.v.
- als verweermiddel; <i>zie</i> : verweermiddel	
verrijking	96, 130 e.v.
vertegenwoordiging	
- vertegenwoordiging bij afstand; <i>zie</i> : afstand	
- vertegenwoordigings- en lastgevingstheorieën	8, 9, 75, 91
vertrouwensbescherming	168 e.v., 180 e.v.
verval	210 e.v.
vervangende schadevergoeding; <i>zie</i> : schadevergoeding	

Trefwoordenregister

verweermiddel (<i>zie ook</i> : derdenwerking)	36, 166 e.v.
- anterieur verweermiddel	166, 171 e.v.
- exoneratie; <i>zie</i> : uitsluiting van aansprakelijkheid	
- gemeen verweermiddel	36, 147, 171, 173 e.v., 226
- gezag van gewijsde; <i>zie</i> : gezag van gewijsde	
- kwijtschelding; <i>zie</i> : derdenwerking	
- limitering	208
- matiging	213-214
- mededelingsplicht terzake van verweermiddel	175 e.v.
- ontbinding; <i>zie</i> : ontbinding	
- opschorting	175 e.v.
- persoonlijk verweermiddel	173 e.v.
- posterieur verweermiddel	166, 171 e.v.
- redelijkheid en billijkheid	212-213
- schuldvernieuwing; <i>zie</i> : derdenwerking	
- terugwerkende kracht; <i>zie</i> : vernietiging	
- verjaring; <i>zie</i> : derdenwerking	
- vernietiging; <i>zie</i> : vernietiging	
- verrekening	177 e.v.
- vertrouwensbescherming; <i>zie</i> : vertrouwensbescherming	
- verweermiddel bij subrogatie; <i>zie</i> : subrogatie	
verwijtbaarheid; <i>zie</i> : billijkheidscorrectie	
verzekeringsovereenkomst; <i>zie</i> :	aansprakelijkheidsverzekering, schade- verzekering, WAM-verzekering
verzuim	8, 17, 73 e.v., 148
voeging	218, 224
voorwaardelijke verbintenis, samenloop met; <i>zie</i> : samenloop	
vriendendienst; <i>zie</i> : dienstbetoon	
vrijwaring	
- materieel recht op vrijwaring	139 e.v., 195, 205-206
- procesrechtelijke vrijwaring	140, 222 e.v.
WAM-verzekering	136, 160
- regresrecht van de WAM-verzekeraar	128-129
wanprestatie; <i>zie</i> : tekortkoming	
werkgever	111, 115, 135-136, 159, 179, 194, 199 e.v., 227
werknemer	159, 179, 194, 205, 227
wettelijke rente; <i>zie</i> : rente, wettelijke	
Zaakwaarneming	66
- als bron van regres	90, 103 e.v.
- de zaakwaarnemingsidee als rechtsgrond voor regres	127-128, 145
- samenloop van verbintenissen uit -	17
zelfstandigheid van verbintenissen (<i>zie ook</i> : afhankelijkheid)	6, 11, 18, 36, 47, 74, 183, 217, 227
zich sterk maken voor; <i>zie</i> : sterk maken voor, zich	
Zweckgemeinschaft	30, 42

Uitgaven van het Schoordijk Instituut in de reeks Centrum voor aansprakelijkheidsrecht

Berekening van schadevergoeding

J.M. Barendrecht en H.M. Storm (red.)

Regresrechten. Afschaffen, handhaven of uitbreiden?

W.H. van Boom, T. Hartlief en J. Spier (red.)

De ontwerpende bouwer. Over turnkey- en design & build-contracten

M.A.M.C. van den Berg en C.E.C. Jansen (red.)

Proportionele aansprakelijkheid bij onzeker causaal verband. Een rechtsvergelijkend onderzoek naar wenselijkheid, grondslagen en afgrenzing van aansprakelijkheid naar rato van veroorzakingswaarschijnlijkheid

A.J. Akkermans

Tussen 'Alles; en 'Niets'. Van toedeling naar verdeling van nadeel

W.H. van Boom, C.E.C. Jansen, J.G.A. Linssen (red.)

Towards a European building contract law. Defects liability: a comparative legal analysis of English, German, French, Dutch and Belgian law

C.E.C. Jansen

Bewijslastverdeling bij beroepsaansprakelijkheid

I. Giesen

Vergoeding van letselschade en transactiekosten

W.C.T. Weterings

Hoofdelijke verbintenissen

W.H. van Boom